



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

JULIANA CARVALHO PAVÃO

BEBÊ-DOADOR:
LIMITES E POSSIBILIDADES NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Londrina
2019

JULIANA CARVALHO PAVÃO

BEBÊ-DOADOR:

LIMITES E POSSIBILIDADES NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Dissertação de mestrado apresentada ao Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do Título de MESTRE em Direito Negocial

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti
Tarifa Espolador

Londrina
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Pavão, Julianna Carvalho.

Bebê-doador : limites e possibilidades nos negócios biojurídicos / Julianna Carvalho Pavão. - Londrina, 2019.
133 f.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2019.

Inclui bibliografia.

1. Autonomia - Tese. 2. Bebê-doador - Tese. 3. Direito Negocial - Tese. 4. Negócio Biojurídico - Tese. I. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

JULIANA CARVALHO PAVÃO

BEBÊ-DOADOR:

LIMITES E POSSIBILIDADES NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Dissertação de mestrado apresentada no Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do Título de MESTRE em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a. Dr^a. Ana Claudia Côrrea Zuin Mattos Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a. Dr^a. Taysa Schiocchet
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Londrina, 23 de julho de 2019.

Dedico este trabalho aos meus pais, por me apoiarem em meus estudos.

*A vontade é tudo. É tão grande princípio
vital como o Sol. Contra ela as
fatalidades, as febres, o ideal, quebram-
se como bolas de sabão.*

Eça de Queirós

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me amparar durante as dificuldades.

Aos meus pais, José Pavão Junior e Maria Cecília Carvalho Pires Pavão, por me apoiarem durante todo o percurso do Mestrado, auxiliando-me nos estudos. Ao meu irmão, Gustavo Carvalho Pavão, por todo o seu apoio.

Ao Gustavo Lopes Perosini, por entender e respeitar meus compromissos em decorrência dos estudos nesses dois anos e pelos auxílios constantes.

À minha orientadora, Prof^ª. Dr^ª. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, por toda a sua orientação, dedicação e ajuda na produção deste trabalho. Não tenho palavras para agradecer todos os seus valiosos ensinamentos durante minha caminhada acadêmica.

À Prof^ª. Dr^ª. Ana Claudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral, por todos seus apontamentos durante a banca de qualificação, os quais me auxiliaram no aperfeiçoamento do trabalho, e por aceitar participar da minha banca.

À Prof^ª. Dr^ª. Taysa Schiocchet, que gentilmente aceitou participar da minha banca de defesa.

Ao Prof. Dr. Elve Miguel Cenci, coordenador do Mestrado em Direito Negocial, pela intermediação com a Universidad do Chile, permitindo que eu fizesse um intercâmbio para o mestrado de Bioética.

Ao Prof. Dr. Íñigo Alvarez, que gentilmente me acolheu no Mestrado em Bioética da Universidad do Chile.

À Prof^ª. Dr^ª. Priscila Machado Martins, que permitiu meu acesso à Universidad de Los Andes.

A todos os professores da Universidade Estadual de Londrina, que nutriram toda a minha base jurídica desde a graduação até a conclusão do mestrado.

Aos meus amigos, por me apoiarem nesses dois anos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior – CAPES, pela concessão da bolsa que permitiu minha dedicação em período integral a pesquisa.

PAVÃO, Juliana Carvalho. **Bebê-doador:** limites e possibilidades nos negócios biojurídicos. 2019. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

RESUMO

As biotecnologias avançaram muito nos últimos anos, isso possibilitou que fossem gerados bebê-medicamentos ou bebê-doadores. Um bebê-doador é uma pessoa concebida com o propósito de ser um doador compatível para um irmão, que sofre de uma enfermidade, cuja cura é o transplante de células-tronco. No Brasil, apenas o Conselho Federal de Medicina regulamenta a questão por meio da Resolução 2.168/2017. Com respaldo nessa resolução, já existem casos de bebês-doadores no território nacional. Nesse contexto, o trabalho busca responder à questão sobre a necessidade de limites para esses negócios. No âmbito jurídico, para a materialização dessa relação entre o médico e os pais, é necessário realizar um negócio biojurídico envolvendo reprodução assistida e seleção embrionária. O negócio é formalizado com a declaração de vontade dos genitores, após o nascimento há a coleta e transplante das células tronco autorizadas pelos pais. Todavia, o não conhecimento da vontade do bebê-doador não é causa excludente de questionamentos futuros para os pais, que podem estar coisificando um ser humano para atingir objetivos familiares. Diante dessa questão que circunda os negócios biojurídicos de criação de um bebê-doador, o objetivo do trabalho é analisar como a ordenamento jurídico nacional aborda o assunto, assim como outros países, traçando um paralelo importante entre a aplicação dessa normatização com os casos práticos já existentes no mundo. Frente a isso, constata-se a necessidade de apresentar limites, não no sentido de proibir os bebês-doadores, porque há aspectos positivos nesses procedimentos, mas de delimitar em quais casos seria viável a geração desse indivíduo. Alguns limites apresentados no trabalho são: não existência de outro tratamento possível para o indivíduo que esta doente; já ter ocorrido a busca por doadores de células-tronco, contudo sem sucesso; a existência de uma doença genética grave. Conclui-se no trabalho que tais requisitos devem ser observados nos casos de geração de um bebê-doador, implorando limites a essas gestações, assim, é apresentada uma proposta de lei que enumera tais requisitos. Dessa forma, este trabalho propõe realizar uma reflexão sobre o caso do bebê-doador e sugerir uma delimitação de requisitos para a formação desse indivíduo, tendo como base dispositivos estrangeiros. A pesquisa utiliza o método dedutivo, partindo da análise mais ampla de negócio jurídico e suas transformações na seara civil para, posteriormente, poder compreender os negócios biojurídicos. Ademais, o princípio da autonomia e sua evolução são assuntos abordados, por concederem a fundamentação dos negócios biojurídicos. Por fim, o trabalho analisa o caso concreto dos bebês-doadores no Brasil, na Inglaterra e em Portugal.

Palavras-chave: Autonomia. Bebê-doador. Direito Negocial. Limites. Negócio Biojurídico.

PAVÃO, Juliana Carvalho. **Donor offspring: limits and possibilities of bio-legal agreements.** 2019. 133 p. Dissertation (Master's Degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

ABSTRACT

Biotechnology has advanced significantly in recent years, making it possible to conceive donor offspring or donor conceived persons. A donor offspring is a person conceived for the sole purpose of being a compatible donor for its sibling, whose cure depends on stem cell transplants. In Brazil, the Federal Council of Medicine regulates this issue with the Resolution 2,168 / 2017. Since its existence, there have been many reported cases of donor conceived persons in Brazil. From this context, this paper questions whether these types of bio-legal transactions should be restricted. From a legal perspective, the doctor and parent relationship requires a bio-legal agreement stipulating the terms of the assisted reproduction treatment and embryonic selection. The agreement is formalized with the parent's declaration of willingness, and after the child is born, doctors are authorized to collect and transplant stem cells previously authorized by the parents. Moreover, lack of information regarding the donor offspring's interests is not an excluding cause for future questions that may arise in parents, such as the possibility of objectifying a human in order to achieve family goals. Given that this issue circumvents bio-legal agreements on raising a donor conceived person, the objective of this thesis is to analyze how the Brazilian legal system addresses this issue, as well as in other countries, drawing an important legal parallel between the application of this standard with present cases existing in the world. Consequentially, there should be limits to this practice, not in order to prohibit the existence of donor offspring, because there are many positive aspects to these procedures, but to limit individual cases viable for artificial insemination. Some of these limits are: inexistence of any alternative treatment other than stem cell transplants for the person afflicted by a disease or medical condition; the search for stem cell donors has already occurred but to no avail; or the existence of a serious genetic problem. This thesis concludes that such requirements are necessary in cases concerning donor conceived persons, as it is necessary to impose limits for these pregnancies. For this reason, this study proposes a bill that lists such standards. Furthermore, this dissertation reflects and examines critically this important topic, donor-offspring, and recommends the enactment of restrictions necessary for individual development, based on foreign evidence found in law and scholarly works. This research uses the deductive method, starting from a broader analysis of legal juristic acts and contracts and its transformations in civil law, to be able to better understand bio-legal agreements and transactions. In addition, the autonomy principle and its evolution are both subjects that are carefully analyzed, as they provide the basis for bio-legal agreements. Finally, this thesis investigates specific cases of donor offspring in Brazil, England and Portugal.

Keywords: Autonomy. Donor offspring. Negotiation Law. Limits. Bio-legal Agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BGB	German Civil Code
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-Implantacional
EUA	Estados Unidos da América
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Authority
HLA	Human Leukocyte Antigen
QI	Quociente de Inteligência
RA	Reprodução Assistida
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	14
1.1 TEORIA CLÁSSICA DO NEGÓCIO JURÍDICO	14
1.2 NEGÓCIO JURÍDICO EXISTENCIAL E NEGÓCIO BIOJURÍDICO	29
2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS E NO BIODIREITO	42
2.1 TRANSFORMAÇÕES DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA SEARA JURÍDICA	42
2.2 BIODIREITO E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA	52
2.3 AUTODETERMINAÇÃO	62
2.4 AUTODETERMINAÇÃO ENVOLVENDO INCAPAZES	71
3. BEBÊS-DOADORES E A QUESTÃO DA AUTONOMIA	80
3.1 CASO DOS BEBÊS-DOADORES E ASPECTOS MÉDICOS	80
3.2 FATORES DE JUSTIFICAÇÃO PARA A GERAÇÃO DESSES INDIVÍDUOS	91
3.3 A SITUAÇÃO DOS BEBÊS-DOADORES NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES	95
3.4 UMA SOCIEDADE REPUBLICANA SOLUCIONARIA?	107
3.5 LEGE FERENDA	116
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

As tecnologias evoluíram muito nos últimos anos. No tocante à saúde, as mudanças ocorreram de forma muito veloz, permitindo transformações significativas na vida humana. A respeito dessas biotecnologias, podem-se citar as técnicas de reprodução assistida e a seleção embrionária. Em um primeiro momento, as técnicas de reprodução assistida proporcionaram que casais com problemas de fertilidade tivessem sua prole. Posteriormente, as técnicas foram utilizadas por casais homoafetivos e pessoas solteiras.

Além da destinação de meios artificiais para a constituição de uma nova vida, a genética viabilizou que os pais pudessem escolher os genes de seus futuros filhos. Assim, a técnica de seleção embrionária assegurou a escolha de embriões com determinadas características físicas e como fatores biológicos sem componentes insidentes de determinada enfermidade.

Sobre a seleção de embriões sem determinadas enfermidades recai a presente pesquisa, porque trata-se da geração de um bebê-medicamento, ou como é empregado neste trabalho, bebê-doador. O bebê-doador é uma pessoa concebida por meio das técnicas de reprodução assistida realizadas mediante a seleção embrionária para que não nasça com determinada enfermidade e tenha compatibilidade, a fim de doar as células-tronco para um irmão receptor.

Dessa forma, nessa situação, há um indivíduo que já está doente, necessitando do transplante de células-tronco para o seu tratamento. Assim, os pais recorrem às biotecnologias para criarem outro filho com as características necessárias para se submeter a esse procedimento. Apesar do assunto parecer, a uma primeira vista, um caso de ficção, já existem relatos de casos no Brasil e em outros países.

Tendo em vista a indispensabilidade de emprego das técnicas genéticas e a instrumentalização de um ser humano, por meio do transplante, o assunto pode ser compreendido em uma análise superficial como algo absurdo, que fere a dignidade da pessoa humana. Todavia, neste trabalho, propõe-se um estudo aprofundado sobre o assunto, analisando as disposições e regulamentações brasileiras e estrangeiras, além de apontamentos filosóficos importantes e relevantes sobre a questão.

O trabalho objetiva questionar a situação brasileira sobre a concepção de um bebê-doador, questionando se há necessidade de limitação ou se a atual regulamentação se configura satisfatória. Para alcançar tal objetivo, o estudo de referenciais estrangeiros sobre o assunto é fundamental, a fim de compreender as causas e as consequências de cada modelo, quando mais liberal ou mais restritivo.

Com tal propósito, alguns temas são analisados no decorrer da pesquisa. Primeiramente, realiza-se o estudo dos negócios jurídicos, tratando da evolução histórica e jurídica do instituto. Assim, parte do exame da noção clássica de negócio jurídico até ascender à atualidade, com forte influência das biotecnologias, com a noção de negócio biojurídico.

O enfrentamento do conceito de negócio biojurídico é substancial para compreender as relações para a concepção por assim dizer, de um bebê-doador, uma vez que corresponde ao instrumento jurídico formalizado entre os pais e a equipe médica.

Outro ponto crucial a ser enfrentado nessa questão é o princípio da autonomia, o qual deve compreender desde o surgimento da autonomia até a sua inserção e mudanças no cenário jurídico. A autonomia, no campo médico, deve ser entendida como autonomia biojurídica e reflete um grande questionamento sobre o bebê-doador, a saber: como esse indivíduo poderia exercer a sua autonomia?

Por fim, o último capítulo trata especificamente do tema bebê-doador, busca-se indicar como eles são concebidos, como alguns países regulamentam-no e os posicionamentos sobre o assunto. Assim, no capítulo derradeiro deste trabalho, busca responder o título da obra.

A importância do tema reside na sua atualidade e na carência de debate sobre o assunto. O tema do bebê-doador não é normatizado juridicamente no Brasil, apesar de ser uma realidade recente no cenário nacional. Frente a necessidade de maior discussão sobre o assunto e a escassez de debate sobre ele, o trabalho é essencial para fornecer uma base de fundamentação e reflexão sobre o tema.

Para o desenvolvimento do estudo, o método utilizado foi o dedutivo, por meio do qual se empregou a metodologia da revisão bibliográfica de diversos autores nacionais e estrangeiros sobre o conteúdo. Ademais, o conhecimento da situação estrangeira, de países como Portugal e Inglaterra, é empregado como forma de comparação com a realidade nacional e reflexão sobre a possibilidade de melhoria para a regulamentação pátria.

1 EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

1.1 TEORIA CLÁSSICA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O Direito é uma ferramenta fundamental para a vida em sociedade, devendo ser utilizado como mecanismo, no âmbito privado, de regulamentação das atividades e interações humanas.

O homem necessita da sociedade para poder interagir e realizar as suas atividades. Diante disso, o ser humano tornou-se dependente da sociedade, em um primeiro momento, para poder sobreviver e não se tornar um escravo e, hoje, para ter seus direitos garantidos¹.

De fato, a sociedade não constitui um elemento exclusivo de garantia de direitos, mas também um ambiente propício para as relações privadas se desenvolverem. Assim, o homem pode sempre realizar diversos tipos de negócio.

O Direito Civil sempre teve como marca característica um aspecto patrimonial. Nesse sentido, é apresentado o Direito Civil sobre uma luz patrimonialista, o que é muito importante para a vida em sociedade.

Luís Díez-Picazo apresenta em seu livro sobre direito civil patrimonial a importância dessa relação:

Si de la consideración del conjunto social descendemos a la contemplación de la persona individual, no es difícil establecer que la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad, exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico. La idea del patrimonio aparece así como una derivación necesaria de la idea misma de persona y se concibe como un conjunto unitario de relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y de responsabilidad².

Conforme Luís Díez-Picazo³ ilustra, o aspecto patrimonial é extremamente relevante para o civilista, devendo ser resguardado, assim como a pessoa. Data vênua o pensamento do

¹ CAMPBELL, Juan Colombo. Derecho público y derecho privado: una dicotomía superada en el Sistema contemporáneo. In: TEJOS, Álex Zúñiga (coord.). **Estudios de derecho privado**: livro homenagem al jurista René Abeliuk Manasevich. Santiago: Editoria Jurídica de Chile, 2011, p. 35.

² DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: I Introducción, teoría del contrato. 6ª ed. Editorial Aranzadi, 2007, p. 46.

³ Idem, ibidem, op. cit.

autor, deve-se entender que, na atualidade do assunto, o aspecto patrimonial está cedendo espaço para questões existenciais.

Dessa forma, pode-se observar que o Direito Civil apresenta um aspecto marcadamente patrimonial, seja pela origem das relações privadas, seja pela importância que o aspecto econômico encontra na sociedade. Nesse cenário, apresentam-se os negócios jurídicos, que são formas de pactuação entre pessoas sobre suas relações.

Com o decorrer do tempo, os negócios jurídicos passaram por transformações. Contudo, antes de adentrar na visão mais moderna desses pactos, é importante estudar a origem desse instituto e a teoria clássica adotada pelo Brasil.

A teoria do negócio jurídico apresenta a sua origem relacionada à teoria pandeísta alemã da primeira metade do século passado, que o apresentou como uma categoria dentro da teoria do fato jurídico⁴. Nas palavras de Francisco Galgano, “el negocio jurídico ha sido construído como la sola declaración de voluntad, para cuyo pensamiento basta la referencia a un solo individuo”⁵. Assim, o negócio é compreendido nesse período como uma mera declaração de vontade.

Deve-se destacar que a presença dessa teoria decorre como uma consequência da Revolução Francesa no Direito Civil⁶, devendo destacar o processo de codificação que marcou esse período.

Nota-se que, anteriormente ao movimento Revolucionário, a França estava sob um regime absolutista, no qual o monarca concentrava todos os poderes. Os súditos deviam se subordinar às vontades e ao poder do soberano.

Durante esse período, a burguesia ascende como uma classe com determinado poder e desejo de realizar as suas relações de forma livre. Dessa forma, não desejava mais que o Estado intervisse em suas atividades. Logo, tal grupo encabeçou uma das revoluções mais conhecidas da história da humanidade, a Revolução Francesa. Ademais, tal movimento constitui um marco importantíssimo para a história do Direito, uma vez que molda a visão de direito que se apresenta hoje e diversos institutos importantes desse período.

Pode-se observar que, durante esse movimento revolucionário, a burguesia dita como um dos lemas a igualdade e a liberdade, e isso repercutiu justamente nas relações privadas, na medida em que concedia liberdade plena aos particulares para promoverem suas relações e

⁴ GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Tradução: Francisco de P. Blasco Gascó, Lorenzo Prats Albertosa. Valencia: Tirant lo blanch, 1992, p. 39.

⁵ Idem, ibidem, op. cit., p. 39.

⁶ Idem, ibidem, op. cit., p. 39.

também os considerava iguais e livre. Portanto, o Estado não deveria intervir⁷. Diante disso, houve a ascensão do Estado Liberal para essa realidade.

Após essa época, em 1804, foi outorgado o Código Civil de Napoleão ou *Code Civil* que instituiu a era das codificações. O Direito passa a ser expresso em Código, os quais devem conter todas as previsões quanto às situações possíveis, havendo, assim, uma postura estritamente legalista pelos juristas da época. Esse Código influenciou outros países a confeccionarem seus dispositivos, no Brasil tal instrumento influenciou o Código Civil de 1916⁸.

Ademais, deve-se destacar que esse direito privado, à época, era marcado pela regulamentação da “atuação dos sujeitos de direito, notadamente contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão o aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais”⁹. Dessa forma, torna-se evidente o papel patrimonial do direito privado, preocupando-se com questões de índole estritamente material, conforme foi tratado no início desse tópico.

Nessa mesma esteira, Francisco Amaral, com o conceito e noção de negócio jurídico, foi influenciado pelos ideais revolucionários desse contexto histórico, conforme pode ser observado na seguinte passagem:

O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinção de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, em que se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos.¹⁰

Nota-se que a Revolução Francesa correspondeu a um movimento importante para conceder bases filosóficas para a ideia de negócio jurídico no âmbito jurídico. Todavia, o direito francês, apesar de influenciar nesse contexto social, não apresentou em seu ordenamento a devida distinção da teoria geral do negócio jurídico, essa teoria teve como

⁷ PONA, Éverton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2

⁹ Idem, ibidem, op. cit., p. 2

¹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 414.

promotor o direito alemão¹¹, que tratou de forma detalhada do assunto e influenciou diversos países europeus e americanos.

O Direito Alemão desenvolveu a escola pandectísta (*pandektistischen Zivilrechtswissenschaft*) no século XIX, que influenciou o BGB, Código Civil Alemão¹². Essa escola tratou das questões de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), ato jurídico (*Rechtsakt*), declaração de vontade (*Willenserklärung*) e poder (*Vollmacht*)¹³.

Desse modo, o Direito Alemão distinguiu ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, uma dicotomia que não era tratada pelo *Code Civil*¹⁴. Todavia, essa distinção é importante porque é a considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro e aplicada nas relações privadas existentes.

Além da influência sobre o ordenamento jurídico pátrio, a doutrina alemã também influenciou o direito italiano, que em um primeiro momento espelhava-se no direito francês; logo, não tratava da questão de negócio jurídico. Assim, na Itália o desenvolvimento da teoria sobre negócio jurídico teve influência da codificação alemã e na jurisprudência italiana¹⁵, o que resultou na categorização posteriormente no país no seu código.

Contudo, observa-se que, em um primeiro momento, a doutrina italiana apresentava apenas a disciplina geral do contrato no seu Código Civil, não tratando do negócio jurídico¹⁶. Segundo Francisco Galgano, o negócio jurídico permanece, “a pesar de la contraria elección legislativa, entre las categorías jurídico-rationales de nuestros juristas teóricos y prácticos, además de ser una de las figuras más difundidas del lenguaje jurídico”¹⁷.

Em que pese o ponto levantado por Francisco Galgano, outros autores, a exemplo de Massimo Franzoni¹⁸, afirmam que no direito italiano as normas gerais do contrato são aplicáveis à lógica do negócio jurídico. Diante disso, a partir do artigo 1324 do Código Civil Italiano, existem normas aplicáveis aos negócios jurídicos:

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 471.

¹² MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 13, 1997, p. 71- 97. Disponível em:< <file:///Users/julianapavao/Downloads/70151-290361-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 out 2018, p. 72.

¹³ RANIERI, Filippo. Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en matéria de negocio jurídico. **Revista de derecho privado**, nº 28, enero-junio de 2015, p. 24.

¹⁴ DINIZ, op. cit., 2012, p. 471.

¹⁵ HERVIAS, Rómulo Morales. Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. **Derecho & Sociedade**, volume 28, p. 293.

¹⁶ BIANCA, C. Massimo. Derecho Civil, volume 3: **El contrato**. Tradutores: Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2007, p. 30.

¹⁷ GALGANO, op. cit., p. 28.

¹⁸ FRANZONI, Massimo. El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia. **Revista Ius Veritas**, nº 48, Julio 2014. ISSN 1995-2929, p. 42.

Art. 1324 Norme applicabili agli atti unilaterali

Salvo diverse disposizioni di legge le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (1334, 1414)¹⁹.

Nesse sentido, Emilio Betti definiu negócio jurídico como: “ato pelo qual o indivíduo regula os interesses nas relações com os outros (...)”²⁰. O autor também apresenta uma crítica ao conceituar negócio jurídico como declaração de vontade, porque compreende que o termo “vontade” comporta diversos significados e tem uma carga subjetiva que não pode ser incluída no conceito desse instituto. Contudo, deve-se destacar que diversos autores definem esse ato como uma manifestação de vontade, havendo então uma divergência doutrinária sobre esse ponto.

Compreendendo como a doutrina italiana aborda o assunto, deve-se retornar ao estudo germânico a fim de entender a divisão apresentada pelos alemães. Destaca-se que a categorização apresentada pela doutrina alemã é muito importante porque “permite estabelecer una distinción fundamental en el ámbito de los actos jurídicos entre actos de autonomía privada y actos jurídicos en sentido estricto”²¹. Nesse aspecto, tem-se como ponto fundamental a atuação da autonomia privada como elemento essencial do negócio jurídico, conforme será abordado mais detalhadamente em tópico futuro.

Antes de compreender mais detalhadamente o conceito de negócio jurídico, deve-se entender essa distinção entre esse instrumento, o ato jurídico e o fato jurídico. Partindo da análise do direito alemão, é considerado, primeiramente, que fato jurídico são os fatos naturais, os atos jurídicos são os fatos humanos (que podem ser ilícitos) e negócio jurídico é uma declaração de vontade²².

Nesse ponto, deve-se destacar a importância da figura do negócio jurídico:

Das várias categorias de factos jurídicos é esta a mais frequente na vida real, e além disso aquela cuja disciplina jurídica se presta a uma teoria geral mais vasta e complexa. Por outro lado, o negócio jurídico reveste, no conjunto das instituições do direito privado, uma significação particular que é necessário pôr em evidência, visto reflectir um dos aspectos mais frisantes do princípio individualista que está na base da nossa organização social²³.

¹⁹ Tradução literal: “Art. 1324 Regras aplicáveis às ações unilaterais

Salvo disposição legal em contrário, as regras que regem os contratos são observadas, na medida em que sejam compatíveis, por atos unilaterais entre o conteúdo vivo e patrimonial (1334, 1414).

²⁰ BETTI, op. cit., p. 118.

²¹ FRANZONI, op. cit., p. 29.

²² GALGANO, op. cit., p. 26-27.

²³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. II: Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

No Brasil, o Código Civil de 1916 surgiu como um “fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão”²⁴. Assim, devido à influência do modelo francês e a atuação de um Estado Liberal, esse dispositivo civil era considerado como a Constituição do direito privado²⁵. Isso significa que as normas de direito privado tinham ligação com as normas de ordem pública e o Estado não deveria intervir nessas questões.

Seguindo as normas do Código Civil Francês, o Código Civil Brasileiro de 1916 não diferenciou os atos jurídicos em sentido estrito do negócio jurídico, tendo então uma visão unitária desse instituto²⁶. Todavia, o artigo 81 desse dispositivo, já revogado, apresentava a noção de negócio jurídico, apesar de não conceder essa denominação, conforme se lê no “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”²⁷.

É possível observar um embrião da teoria do negócio jurídico no cenário brasileiro. Todavia, com o decorrer do tempo, tanto no mundo como no Brasil, a visão concedida ao Direito Civil foi se alterando e, conseqüentemente, a visão de negócio jurídico.

Conforme apontado, após a Revolução Francesa foi instituído o Estado Liberal, o que gerou no direito civil uma repercussão de concessão de amplos poderes aos particulares, para poderem exercer suas relações privadas como desejassem. Contudo, essa forma de Estado mostrou-se ineficaz diante das mudanças sociais. O mundo passou por revoluções sociais, industrial e tecnológica, tornou-se evidente que o modelo de Estado, promovido na época proporcionava a exploração do ser humano pelo seu semelhante, grupos com maiores poderes impunham a sua vontade a grupos menores e hipossuficientes.

Frente a esse cenário, ficou evidente que o Estado Liberal não era mais suficiente para suprimir a demanda social e a nova realidade enfrentada no mundo. Assim, houve o declínio desse modelo e a ascensão do Estado Intervencionista, um Estado que passa a tratar de questões de ordem pública e de ordem privada, com o intuito de promover um maior equilíbrio às relações entre os particulares. Naturalmente essa mudança radical no cenário político e jurídico do mundo afeta o direito civil e, sobretudo, a visão do negócio jurídico. No Brasil, a teoria do negócio jurídico passa a ser positiva no ordenamento jurídico apenas com o Código Civil de 2002 e com a chegada da legalidade conceitual desse instituto, ele é já

²⁴ TEPEDINO, op. cit., 2004, p. 2.

²⁵ Idem, ibidem, op. cit., 2004, p. 2.

²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.416.

²⁷ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 jun 2019.

moldado pelo processo de constitucionalização do direito civil²⁸, isso significa que o negócio jurídico passou a ser tratado no direito brasileiro juntamente com os seus limitadores.

Antes da promulgação do Código Civil de 2002, destaca-se que o ordenamento jurídico já enfrentava a necessidade de adequação das normas jurídicas à realidade enfrentada. Assim, surgiram várias leis extracodificadas para regulamentar situações não previstas pelo Código de 1916²⁹. Nesse sentido, é importante observar as palavras de Caio Mario da Silva Pereira:

Acontece que a celeridade da vida não pode ser detida pelas muralhas de um direito codificado. Acontecimentos, ora na simplicidade da existência cotidiana, ora marcados pelos de maior gravidade, exigem novos comportamentos legislativos. Em consequência, um edifício demoradamente construído, como é um Código, vê-se atingido por exigências frequentes, necessitando de suprimentos legislativos³⁰.

Face às palavras do autor supracitado, pode-se compreender claramente a situação vivenciada pelo Brasil antes do atual Código Civil. À época, a legislação em vigência não era mais suficiente para tratar das novas configurações sociais que foram surgindo, assim, tornou-se necessário editar normas infralegais para legislar determinados casos. Isso resultou em uma grande fragmentarização do direito civil, sendo vital uma resposta dos legisladores.

Ademais, a própria visão do Direito passou por transformações nesse período. Frente às atrocidades cometidas contra os seres humanos, a comunidade internacional passou a se preocupar com a proteção do ser humano. Isso resultou em convenções internacionais que

²⁸ A constitucionalização do Direito Civil foi um processo que modificou toda a visão do ordenamento jurídico brasileiro. Antes havia a separação entre direito privado e do direito público. Contudo, com o decorrer do tempo, a Constituição Federal passou a tratar de princípio e normas que antes eram exclusivas do direito privado, a título de exemplo, pode-se citar a função social da propriedade. Essa mudança foi conhecida como constitucionalização do Direito Civil. Segundo Paulo Lôbo, o processo de constitucionalização do Direito Civil fez que a Constituição Federal, além de tratar de matéria de liberdades públicas, também passasse a ser a lei fundamental do direito privado, “reguladora das diretrizes essenciais das relações entre os privados, com eficácia imediata e direta” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42). A utilização do termo “constitucionalizado” para se referir ao Direito Civil é analisado por Gustavo Tepedino que afirma “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”(TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 22). O esclarecimento de Gustavo Tepedino é muito pertinente porque ilustra bem a finalidade da constitucionalização do Direito Civil, que é o privilegio aos valores não-patrimoniais. Em uma realidade de novas tecnologias, possibilitando a existência de novas situações jurídicas existenciais, o ser humano e seus valores devem ser protegidos; logo, o ordenamento jurídico como um todo deve atuar no sentido de zelar pela existencialidade.

²⁹ TEPEDINO, op. cit., 2004, p. 4.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 105.

visam à proteção da dignidade da pessoa humana³¹ e, conseqüentemente, dos direitos do ser humano. Esse fenômeno mundial fez que diversas constituições ao redor do mundo incluíssem a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental e isso, naturalmente, refletiu na organização de todo o ordenamento jurídico.

A respeito dos negócios jurídicos, alguns autores estrangeiros teceram críticas à configuração que esses instrumentos adquiriram, tendo em vista a realidade social que o mundo enfrentava. Nesse sentido, deve-se observar as palavras de Massimo Bianco³²:

La figura há sido también confundida en el terreno ideológico como símbolo de un exasperante individualismo que eleva al sujeto a la posición de árbitro de su esfera jurídica, con lo cual, en realidad, favorece a los detentadores del poder económico, y particularmente del poder empresarial.

Conforme apresentado anteriormente, o direito civil e as relações privadas apresentam em sua origem os caracteres individualistas; por isso o direito civil pode ser dividido em direito civil patrimonial. Contudo, em decorrência de mudanças na sociedade, tornou-se evidente que essa visão exclusivamente patrimonial não era mais suficiente, surgindo então a necessidade de princípios que limitem esses negócios, como a função social dos contratos e a boa-fé, visando à proteção das partes menos favorecidas na relação contratual e, assim, zelar pelo equilíbrio contratual.

Nessa mesma linha, destacam-se os dizeres de Francesco Galgano:

la categoría del negocio jurídico se traduce hoy en una categoría desviada, que obstaculiza la comprensión del significado efectivo del mecanismo contractual, despoja a la relación contractual de las connotaciones sociales de las partes [...], oculta la naturaleza real de los intereses en juego³³.

À vista disso, percebe-se que a grande crítica ao negócio jurídico reside na situação das relações entre as partes envolvidas no negócio, tendo em vista a constatação da realidade vivenciada. Dessa forma, torna-se evidente que a conjuntura jurídica da época não era mais suficiente para sanar as questões apresentadas pelo âmbito social, diante disso, muitos países passaram por mudanças em seus ordenamentos, principalmente no âmbito constitucional.

No caso do Brasil, em 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil que proporcionou com maior intensidade a constitucionalização do

³¹ PONA, op. cit.

³² BIANCA, C. Massimo. **Derecho Civil**, volume 3: El contrato. Tradutores: Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2007, p. 31.

³³ GALGANO, op. cit., p. 945.

direito civil. Ademais, a Constituição apresenta a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, o que resulta em uma mudança radical na visão de todo o Direito.

Contudo, no âmbito civil, nota-se que as leis estavam muito fragmentadas, divididas no Código Civil de 1916 e diversos estatutos e leis infraconstitucionais, ademais, era necessária a incorporação de princípios constitucionais, como a boa-fé e a função social, na legislação civil³⁴. Nesse contexto, é evidente que as normativas civis não eram condizentes com a atual conjuntura jurídica do país, sendo necessário um novo dispositivo civil.

Nesse cenário, em 2002, entra em vigor o Código Civil que traz princípios constitucionais para a seara civil, podendo ser observado na exposição de motivos do próprio Código:

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

[...]

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento³⁵.

Em decorrência da exposição de motivos, fica evidente que a legislação civil apresenta um caráter muito mais social³⁶, deixando a visão exclusivamente individualista, marcada pela norma anterior. Ademais, a Codificação Civil apresenta como base três princípios gerais que fomentam toda a norma: eticidade³⁷, socialidade³⁸ e operabilidade^{39 40}. Assim, esses princípios constituem diretivas de norteamto para todo o Código, tendo deles sido gerados demais princípios que fundamentam o Código.

Diante desse cenário, naturalmente diversas disposições do âmbito civil foram modificadas, com o intuito de englobar a nova visão social e coletiva pregada desde o plano

³⁴ TEPEDINO, op. cit., 2004.

³⁵ BRASIL, 2005, p. 18-19.

³⁶ A passagem de uma visão mais individualista para uma visão mais social na legislação civil pode ser percebida no artigo 1.228, parágrafo primeiro e quarto e no artigo 421 do Código Civil de 2002.

³⁷ O princípio da eticidade “privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada congresso jurídico” (AMARAL, 2014, p. 75). Isso resultou na adoção de diversas cláusulas gerais no Código Civil.

³⁸ O princípio da socialidade prevê que no caso de conflito entre duas normas, deverá prevalecer os valores coletivos sobre os individuais.

³⁹ O princípio da operabilidade fornece um maior elastério à norma, permitindo, assim, o seu enquadramento ao caso concreto, e consequentemente uma maior efetividade de aplicação.

⁴⁰ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 19 maio 2017. P. 1

constitucional. Nesse sentido, o tema em estudo, negócios jurídicos, passou por modificações, devendo ser analisado de forma detalhada.

Em matéria de negócio jurídico, o Código Civil de 2002 consagra a posição dualista, apresentando referência direta aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos lícitos, seguindo a doutrina alemã⁴¹. Diante disso, pode-se observar o artigo 185 do Código Civil que trata sobre essa diferenciação: “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

Aparentemente, fica evidente a partir desse momento que os negócios jurídicos e os atos jurídicos constituem duas categorias diferentes, devendo ser devidamente diferenciadas.

Primeiro, deve-se compreender a noção de fato jurídico. No mundo existe a sucessão de diversos fatos, nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello afirma:

(...)sempre que fatos, sejam eventos, sejam condutas, interferem de modo relevante nas relações inter-humanas, gerando a possibilidade de entrelaçamento de interesses, a comunidade jurídica, através de normas jurídicas, os erige à categoria de fatos jurídicos, regulando-os e atribuindo-lhes consequências jurídicas que dizem respeito a essas relações⁴².

Por isso, percebe-se que no mundo existem fatos naturais e fatos jurídicos. Para o Direito, a atenção recai sobre os fatos jurídicos, uma vez que são aqueles que detêm consequências dentro desse mundo. Dessa maneira, pode-se entender que existe uma dicotomia no mundo: o mundo dos fatos, corresponde ao conjunto de fatos não jurídicos, e o mundo jurídico, composto pelos fatos jurídicos⁴³.

Dentro dessa distinção dos fatos, os fatos jurídicos podem ser classificados em humanos e naturais. Os primeiros, humanos, dependem para a sua ocorrência da ação humana para terem efeitos jurídicos, enquanto que os naturais não dependem da interferência da vontade humana. Dentre os fatos jurídicos humanos, existem os fatos lícitos e ilícitos⁴⁴.

A primeira ordem, fato lícito, tem respaldo na lei, subdividindo-se em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico⁴⁵. Quando um ato age contrariando a lei, será denominado

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 416.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Eficácia 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18-19.

⁴³ Idem, *ibidem*, op. cit., 2010, p. 20.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁵ É interessante observar a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito para o Direito Português, que segue a mesma linha do Direito Brasileiro: “Os negócios jurídicos são factos voluntários, cujo núcleo essencial é integrado por uma ou mais declarações de vontade a que o ordenamento jurídico atribui efeitos jurídicos concordantes com o conteúdo da vontade das partes, tal como este é objectivamente (de fora) apercebido (...) Os simples actos jurídicos são factos voluntários cujos efeitos se produzem, mesmo que não

de ato ilícito, podendo ser na forma de uma ação, um descumprimento de uma ordem, como uma omissão, a inobservância de uma recomendação⁴⁶. Assim, os fatos ilícitos podem ser contrários à lei civil, penal ou administrativa. Já os fatos lícitos podem ser subdivididos em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Após esse breve estudo, pode-se entender o conceito de fato jurídico, dividido em fato humano e natural. E, agora, deve-se analisar uma segunda divisão dentro do fato humano, os atos lícitos e ilícitos. Para o presente estudo, o foco são os atos lícitos, mais especificamente os negócios jurídicos. Contudo, antes de adentrar no conceito de negócios jurídicos no Brasil, deve-se entender o que diferencia o ato jurídico em sentido estrito do negócio jurídico.

A grande diferenciação entre os dois atos reside no fato que o segundo envolve os casos nos quais a vontade humana cria, modifica ou extingue direitos, pretensões, ações ou exceções⁴⁷. Diante disso, a vontade apresenta um papel mais ativo, no sentido de possibilitar que os particulares criem uma relação negocial nos moldes que desejam, tanto no sentido de direitos como pretensões.

Washington de Barros Monteiro pontua que nos negócios jurídicos as partes delimitam o fim desejado, enquanto que no ato jurídico em sentido estrito⁴⁸ o resultado jurídico é determinado pela lei, mesmo se as partes assim não o desejam⁴⁹.

Observando essa diferenciação teórica, deve-se entender exemplos clássicos desses dois atos para ilustrar as diferenças entre ambos. Um negócio jurídico muito conhecido é o contrato. Nesse documento, as partes determinam o seu objeto, como será entregue, como se dará a contraprestação, devendo obedecer apenas às normas de ordem pública. Assim, vale a máxima da liberdade negocial de que “o que não é proibido, é permitido”. Já no caso de um ato jurídico em sentido estrito, por exemplo a declaração de paternidade, os efeitos já estão previstos em lei, como a equiparação daquele filho e as demais proles da pessoa, tanto para efeitos patrimoniais, sucessórios e familiares. Não é permitido que o pai ou mãe determine nenhum efeito, por exemplo, uma cláusula suspensiva ou resolutiva, devendo apenas seguir os efeitos legais.

tenham sido previstos ou queridos pelos seus autores, embora muitas vezes haja concordância entre a vontade destes e os referidos efeitos.” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 356-357)

⁴⁶ PEREIRA, op. cit., 2012, p. 383.

⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Bookseller: Campinas, 2012, p. 55.

⁴⁸ O autor utiliza o termo “ato jurídico lícito”, contudo, trata-se de sinônimo, nesse contexto, do ato jurídico em sentido estrito. Foi preferido utilizar no texto o termo “ato jurídico em sentido estrito” para manter a uniformidade do texto.

⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. 39. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207.

Patente esta que a autonomia apresenta traços mais marcantes nos negócios jurídicos, porque estes concedem uma margem de discricionária muito mais ampla aos particulares. No caso do ato jurídico em sentido estrito, o particular apenas exerce a autonomia no momento da decisão por praticar ou não o ato, o restante fica sobe a égide do ordenamento jurídico.

Superado as transformações históricas que influenciaram no negócio jurídico e a classificação que culmina no objeto de estudo, deve-se entender a partir desse momento o conceito de negócio jurídico no Brasil. Assim, serão citados alguns juristas brasileiros que tratam do assunto para posteriormente apresentar os pontos em comum nas suas definições.

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: “Negócio jurídico é ato de autonomia privada, constituindo-se em um comportamento normalmente adotado ou em uma ou mais declarações regularmente emitidas, que exprimem imperativos de autovinculação, juridicamente relevantes”⁵⁰. Um ponto importante desse conceito reside na vinculação do negócio jurídico com a autonomia privada, uma vez que se deve entender que o segundo é o fundamento para a existência do primeiro.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que “o conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico”⁵¹. Um ponto muito importante trazido por esse autor é o aspecto da vontade, uma vez que, sem a vontade, o negócio jurídico não existe⁵².

Álvaro Villaça Azevedo também trabalha o conceito de negócio jurídico. Segundo ele, no negócio jurídico deve co-existir o evento e a vontade do sujeito juntamente com “o escopo prático que o sujeito pretende perseguir”⁵³. O ponto importante nesse conceito é o destaque para os efeitos do negócio, o que o agente deseja adquirir na prática.

Antônio Junqueira de Azevedo destaca que o negócio jurídico é “um ato cercado de circunstâncias que fazem que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos”⁵⁴; além disso, deve fazer a correspondência “entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como queridos (efeitos manifestados), existe,

⁵⁰ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2009, p. 34.

⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., 2012, p. 55

⁵² Idem, ibidem, op. cit., 2012, p. 58.

⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado II: Negócio jurídico**. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003, p. 38

⁵⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social e liga efeitos ao negócio *em virtude* da existência de manifestação de vontade sobre eles”⁵⁵.

De fato, é notório que o aspecto essencial é a vontade para a formação do negócio jurídico, não devendo confundir com os termos “manifestação de vontade” e “declaração de vontade” que muitas vezes são empregados, de forma errônea, como sinônimos. Primeiramente, deve-se entender que o negócio jurídico constitui uma categoria jurídica gerada por meio de um processo de abstração do mundo jurídico, enquanto que a declaração é um dado do suporte fático; logo, não são sinônimos.

A declaração de vontade consiste em uma exteriorização qualificada de vontade, já a manifestação de vontade apenas fundamentará um negócio jurídico quando se tratar de um ato de vontade declarativo, por exemplo um testador que destrói seu testamento, trata-se de um negócio jurídico. Frisa-se que podem existir declarações de vontade como manifestação de vontade que não gerem negócio jurídico, o importante para a configuração dessa categoria é a vontade capaz de estabelecê-lo ou o suporte fático do negócio⁵⁶.

Outro exemplo de ato de manifestação de vontade que configura um negócio é o realizado por meio de gestos, por exemplo uma pessoa que pega uma concha na praia. Essa pessoa realiza um negócio de aquisição por ocupação, tendo em vista que sua ação de pegar a concha é uma manifestação inequívoca da sua vontade⁵⁷.

Com uma divergência no aspecto do gesto como declaração ou manifestação de vontade, é interessante observar a distinção realizada por Paulo Lôbo:

A manifestação de vontade é a modalidade tácita de exteriorização da vontade, que se apreende pelas circunstâncias, pelo comportamento concludente até pelo silêncio. (...). Situação corrente de manifestação de vontade tácita é a entrega ao comprador da coisa vendida, sem palavras. Já a declaração é a exteriorização expressa da vontade, realizada por sinais, gestos, palavras proferidas e, principalmente, pela escrita⁵⁸.

Apesar da divergência quanto à classificação do gesto, observa-se que, em ambos os casos, a vontade deve ser inequívoca; assim, não é possível haver dúvida quanto ao desejo do negociante para configurar um negócio jurídico. Frente a isso, prefere-se utilizar o termo “exteriorização de vontade” para definir o negócio jurídico, compreendendo que não se trata de um ato exclusivo da declaração de vontade nem da manifestação de vontade. Dessa forma,

⁵⁵ AZEVEDO, op. cit., 2002, p. 19.

⁵⁶ MIRANDA, op. cit. 2012, p. 56-61

⁵⁷ PEREIRA, op. cit., 2012, p. 402-403.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

quando tratar neste trabalho do termo “declaração de vontade”, estar-se-á utilizando no sentido amplo, englobando tanto a declaração em sentido estrito como a manifestação.

Outro ponto essencial para compreender a vontade do negócio é atinente ao seu papel, existindo duas principais correntes que abordam o assunto: subjetiva (ou da vontade) e objetiva (ou da declaração), que já foi apresentada desde os autores alemães.

A teoria da vontade ou subjetiva concede atenção à vontade interna do agente, à vontade real⁵⁹, assim, o papel da vontade é sob a ótica do psicológico. Em caso de conflito entre a vontade real e a declarada, deve prevalecer a primeira⁶⁰. Uma crítica a essa teoria é que protege apenas os interesses do declarante, podendo acarretar injustiça e insegurança a outra parte, se considerar o negócio inválido em decorrência da discordância da vontade interna e a declarada⁶¹. Antônio Junqueira de Azevedo pondera que, no caso de um contrato que aplica a teoria da vontade interna, há a presença de dois sujeitos; portanto, beneficiar um significa prejudicar o outro⁶².

Já a teoria objetiva ou da declaração compreende que o importante é o que foi declarado pelo agente, independente da sua vontade interna⁶³. Contudo, caso seja levada ao extremo, também é passível de críticas⁶⁴. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, ambas as teorias não são “metodologicamente corretas”, isso porque “a vontade não é *elemento* que se contraponha, nessa condição, à declaração”⁶⁵.

Dentro da teoria objetiva, desenvolveram-se duas correntes: preceptiva e normativa. A primeira, preceptiva, é defendida por Emilio Betti, segundo o qual o negócio jurídico é fato social, diante disso, o Direito apenas ordena o que já existe no terreno social. Assim, compreende-se que “o negócio não é, então, simples manifestação da vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações”⁶⁶. Dessa forma, o negócio atua como um instrumento da autonomia.

⁵⁹PEREIRA, op. cit., 2012, p. 402.

⁶⁰PONA, op. cit., 2015, p. 162.

⁶¹MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2009, p. 17-18.

⁶²AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80.

⁶³PEREIRA, op. cit., 2012, p. 402.

⁶⁴MIRANDA, op. cit., 2009, p. 19.

⁶⁵AZEVEDO, op. cit., 2002, p. 83.

⁶⁶AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.422.

Já a teoria normativa, muito defendida por Luigi Ferri, compreende que o negócio jurídico contém normas criadas pela autonomia dos particulares. Dessa forma, compreende que a autonomia privada é um poder normativo que cria regras jurídicas⁶⁷.

Apesar de ambas as principais teorias apresentarem críticas, e seus desdobramentos também, o Código Civil de 2002 adotou uma mistura de ambas, concedendo maior destaque à teoria da declaração. Em termos gerais, a legislação adotou a teoria da declaração ou objetiva, tendo como critério de interpretação dos negócios a boa-fé e os usos do lugar, mas no tocante ao erro, foi adotada a teoria subjetiva ou da vontade⁶⁸. Antônio Junqueira de Azevedo tem um posicionamento semelhante, o autor entende o predomínio da teoria da declaração de vontade; contudo, faz a ressalva de que, no caso de erro, há a análise da vontade interna⁶⁹. Tal posição jurídica é louvável e muito condizente com os negócios jurídicos concedendo segurança jurídica para os particulares que desejam realizá-los e proteção em caso de um defeito.

Observando todos esses pontos que envolvem o negócio jurídico, pode-se conceituá-lo “como fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada, ou a conduta humana participante de tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negocial”⁷⁰.

Segundo a linha de raciocínio desse tópico, negócio jurídico é uma categoria jurídica que possibilita às partes exteriorizem suas vontades, tanto como declaração ou manifestação, com o intuito de gerarem efeitos desejados por ela, respeitando os limites legais. Dessa forma, apresenta como elemento fundamental a vontade que é exercida tendo como base a autonomia das partes.

1.2 NEGÓCIO JURÍDICO EXISTENCIAL E NEGÓCIO BIOJURÍDICO

Conforme demonstrado no tópico anterior, os negócios jurídicos passaram por uma evolução na história do Direito. Sendo previstos de forma mais adequada, no Brasil, apenas no Código Civil de 2002 graças ao processo de constitucionalização do Direito.

⁶⁷ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Ed. Rev. de Derecho Privado, 1969.

⁶⁸ AMARAL, op. cit., 2014, p. 421.

⁶⁹ AZEVEDO, op. cit., 2002, p. 87-89.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

O negócio jurídico, em sua origem, era visto apenas como um ato de exteriorização de vontade destinado a criar, extinguir ou modificar direitos. Sua natureza era meramente instrumental⁷¹, relacionada sempre a questões patrimoniais.

Um grande marco para a história do Direito foi a Revolução Francesa que possibilitou a ascensão do Estado Liberal. Nesse contexto, o negócio jurídico era baseado no princípio da autonomia da vontade e as partes eram livres para pactuar como desejassem, seguindo o princípio do *pact sunt servanda*. Assim, destaca-se que se tratou de um período com uma liberdade excessiva para os particulares.

Conforme já foi demonstrado, a completa liberdade dos indivíduos no campo negocial gerou um desequilíbrio nas relações, e as relações tornaram-se mais complexas, graças, em grande medida, aos avanços científicos e tecnológicos do século XX. Então, aquela configuração clássica de negócio jurídico, sendo como uma lei entre as partes, mostrava-se algo excessivamente abusivo. Portanto, tornou-se evidente que a omissão completa do Estado resultava em casos prejudiciais ao ser humano. Nesse sentido, ascendeu o Estado Intervencionista que tem como papel mais marcante na regulamentação das relações.

Juntamente com essa mudança na formação do Estado, há também uma mudança na comunidade internacional que passa a se preocupar com o ser humano⁷². Assim, ocorre o processo de constitucionalização do Direito Civil, o qual, no Brasil, trouxe princípios e normas com o intuito de limitar e restringir os negócios jurídicos para que haja sempre o respeito à pessoa humana e o equilíbrio nas relações.

Nessa conjuntura, o conceito de relações jurídicas entra em declínio, abrindo espaço para a noção de situação jurídica. A situação jurídica, segundo Emilio Betti, são os efeitos da reação jurídica do homem com a realidade social, logo, trata-se do resultado a situações existentes⁷³.

A respeito disso, deve-se observar as palavras de Everton Willian Pona e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral sobre a utilização das situações jurídicas: “conjunto de direitos, deveres, consequências, prerrogativas e obrigações que transitam em torno de um

⁷¹ 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 (coord). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: autonomia privada e situações existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139-140.

⁷² PONA, op. cit., 2015.

⁷³ BETTI, op. cit., 2008, p. 20-21.

fato, estado ou ato qualificado pelo ordenamento de algum modo, como apto a produzir efeitos jurídicos”⁷⁴.

A introdução da situação jurídica no Direito Civil mudou toda a visão clássica das relações jurídicas, devendo observar o pensamento de Eduardo Nunes de Souza: “(...) passou-se a compreender a relação jurídica como vínculo estabelecido entre dois ou mais centros de interesses, núcleos de imputação dos direitos e deveres que constituem cada situação jurídica subjetiva”⁷⁵. Assim, a visão piramidal de relação jurídica não é mais adequada, tendo em vista a complexidade das relações sociais, hoje os interesses dos indivíduos se misturam havendo a existência simultânea de direitos e deveres para ambas as partes.

As situações jurídicas correspondem a diversas situações de fatos, reguladas ou não pelo direito, mas que apresentam efeitos no mundo jurídico, logo, expande-se assim a noção de relação jurídica. Ademais, as situações jurídicas podem ter como objeto questões existenciais ou patrimoniais.

A diferenciação dessas situações pode ser no interesse que envolve, porque as situações jurídicas são formadas por centros de interesses. O interesse pode ser patrimonial, existencial ou ambos⁷⁶. Logo, o núcleo de interesse que é capaz de distinguir esses dois casos.

Pietro Perlingieri⁷⁷ apresentou outros cinco aspectos que podem diferenciar ambas as situações (quanto aos efeitos, dinâmico, exercício, funcional e normativo). Contudo, apenas mais um deve ser destacado neste trabalho, o perfil funcional. Segundo o autor, “existem situações que ‘são’ funções sociais, outras que ‘têm’ função social”⁷⁸. Assim, no caso das situações jurídicas existenciais, estas são função social, uma vez que promovem o desenvolvimento da personalidade humana, gerando assim a promoção da dignidade humana, principal interesse social do Estado⁷⁹.

A respeito de situações mistas, envolvendo interesses patrimoniais e existenciais, pode-se observar alguns casos, nos quais um valor existencial detém um aspecto patrimonial,

⁷⁴ PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz?- A suficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: autonomia privada e situações existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 72.

⁷⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. a. 4, n. 1, 2015. p. 7

⁷⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105-107.

⁷⁸ Idem, ibidem, op. cit., 2002, p. 107.

⁷⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 44-45.

permitido pelo ordenamento. Um exemplo muito claro disso é a “barriga de aluguel” dos Estados Unidos da América (EUA)⁸⁰. Lá é permitido que uma mulher alugue o seu útero para que outra pessoa ou casal gere sua futura prole. Dessa forma, ocorre a valoração econômica de um aspecto da integridade física da pessoa, um bem relacionado à personalidade, que em regra não deveria ser valorado. Contudo, tal prática é regulamentada e aceita naquele país. Deve-se realizar uma breve observação que tal prática não é permitida no Brasil, assim, apenas é possível realizar a cessão do útero de forma gratuita, tratando-se de um contrato existencial.

Isto posto, pode-se observar que hoje existem situações jurídicas existenciais, patrimoniais e mistas, o que as diferencia é a sua função e o interesse envolvido. Dessa forma, assim como a relação jurídica se expandiu, naturalmente o negócio jurídico também sofreria o mesmo processo. Assim, hoje é possível encontrar na realidade social negócios jurídicos existenciais e patrimoniais, logo, a teoria clássica do negócio jurídico não é mais estática como era no passado. Ademais, é muito importante realizar essa distinção, porque dependendo da forma de negócio que é realizado, existem interpretações diferentes, uma vez que há objetos completamente diversos.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, “Por coerência, pode-se afirmar que as situações subjetivas existenciais que surgem a partir do ato voluntário, com o intuito de criativo, modificativo ou extintivo, têm como substrato fático o negócio jurídico”⁸¹.

Tecidas essas breves considerações relacionadas ao tópico anterior, pode-se compreender como o negócio jurídico está inserido no contexto brasileiro. Todavia, as transformações nesse instituto não se encerraram, e hoje ele envolve diversas esferas dos direitos, nem sempre patrimoniais, conforme trata Manuel A. Domingues de Andrade:

Por último é de notar que o conceito de negócio jurídico interessa a todas as partes do direito civil e do direito privado em geral. Há lugar a negócios jurídicos não só no campo das obrigações, dos direitos reais ou das sucessões, como até no dos direitos de família. Em todos estes domínios do direito privado há lugar a exercitar-se, por meio dos negócios jurídicos e com maior ou menor amplitude, a livre autodeterminação dos particulares. A maior parte dos negócios jurídicos, porém, destina-se a produzir efeitos de ordem patrimonial- nota que aliás salientámos desde logo ao delinear o conceito desta figura jurídica⁸².

Importante observar a afirmação realizada pelo autor de que a maioria dos negócios jurídicos são patrimoniais. Realmente, desde o passado os negócios sempre foram observados sobre esse viés patrimonial. No próprio Código Civil Brasileiro, os exemplos de contratos,

⁸⁰ Idem, ibidem, op. cit., 2009, p. 50-51.

⁸¹ Idem, ibidem, op. cit., 2009, p. 122-123.

⁸² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. II: Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28.

espécie de negócio jurídico, têm valor econômico, como a compra e venda, doação, mútuo. Assim, historicamente, os negócios jurídicos estão relacionados com o patrimônio. Contudo, com os avanços, principalmente científicos, as relações privadas não se focam apenas em questões patrimoniais, a própria definição de relação jurídica entrou em declínio em decorrência desse processo existente na sociedade.

Dessa maneira, observa-se que o negócio jurídico é delimitado de acordo com o contexto político e econômico no qual está inserido. Tendo em vista as mudanças na sociedade, a visão clássica de negócio jurídico delimitada por sujeitos isolados, não é mais condizente com a situação de globalização que o mundo enfrenta⁸³. Então, naturalmente o conceito de negócio jurídico sofreu mudanças.

Assim sendo, os novos fatos sociais, desde movimentos sociais até revolução tecnológica, marcam um câmbio na teoria clássica do negócio jurídico, com o surgimento de novos negócios como o contrato de adesão, a diretiva antecipada de vontade, contratos eletrônicos e contratos envolvendo embriões e células tronco⁸⁴ que não podem mais serem classificados como mero negócios jurídicos tradicionais, mas sim negócios jurídicos com viés existencial.

Desse modo, movido pelos avanços da sociedade, ocorreu no mundo jurídico a repersonalização do direito civil que concedeu um papel fundamental para a dignidade da pessoa humana e para a autodeterminação, permitindo que os negócios jurídicos existenciais se firmassem. Nesse sentido é importante observar Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo e Isabela Cristina Sabo:

Novos interesses surgiram com graus diversos de importância, sendo necessária a utilização dos critérios expostos anteriormente, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, como norte para seleção daqueles de maior relevância. O princípio da dignidade da pessoa humana é marco inicial e final para o exame dos negócios jurídicos existenciais no ambiente pós-modernos: inicial, pois fundamento para a gênese de diversos interesses existenciais que devem ser protegidos pelo Poder Judiciário em caso de violação; e final, em virtude de ser utilizado como último critério para o apontamento de sua relevância jurídica e, conseqüentemente, como merecedor de tutela⁸⁵.

Portanto, pode-se observar que a dignidade corresponde ao fundamento máximo da existência desses tipos de negócios. Diante disso, a ampliação da liberdade, seja no campo científico, de expressão e negocial, indica a “necessidade de uma nova concepção, uma nova

⁸³ AMARAL, op. cit., p. 418.

⁸⁴ LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. a. 6. N. 1. 2017, p. 16.

⁸⁵ LÊDO; SABO; AMARAL, op. cit., 2017, p. 13-14.

teoria que doravante enfoca a própria existencialidade, ou ainda, a própria essencialidade humana⁸⁶.

Contudo, deve-se destacar que apesar das mudanças e avanços na sociedade, a teoria geral dos contratos e negócios nem sempre os acompanhou, mas ocorreu um processo de adequação da realidade, uma vez que elas ocorrem, devendo ser regulamentadas:

A ausência de uma teoria geral que tome em conta a nova realidade, em todos os seus aspectos, não tem, entretanto, impedido que se proceda à caracterização e ao amparo jurídico das novas situações e se crie um regulamento que, embora de forma casuísta, procure satisfazer as novas necessidades e, sobretudo, moderar as concepções individualistas e voluntaristas que eram dominantes ao tempo das primeiras codificações⁸⁷.

Nessa perspectiva, é percebido que, apesar de uma realidade social, as novas configurações de negócios jurídicos não foram regulamentadas no campo legislativo. Nesse sentido Lidia Nicolau Noemi pontua:

En los códigos que cuentan con una teoría general del negocio jurídico, como el brasileño, las normas podrían incluirse en ese lugar como excepciones o bien em el capítulo de los derechos de la personalidad, aunque sería técnicamente preferible lo primero. Adviértase que no propiciamos una regulación detallada ni especial para cada uno de los negocios jurídicos, sino reglas generales relativas sólo a los elementos del negocio que así lo requieran. De ese modo se satisface una necesidad y a la vez se evita la proliferación de leyes especiales de fondo para cada materia, como ser dación de sangre, dación y transplante de órganos, procreación asistida, eutanásia. Frecuentemente esas leyes suelen ser contradictorias entre si y, en ocasiones, no protegen de manera suficiente la persona. Si en el Código Civil estuvieran las claves de los negocios jurídicos personalísimos, necesarias para regular los aspectos administrativos y penales⁸⁸.

Frente ao exposto, a autora afirma como seria importante que as codificações mais atuais trouxessem normas gerais sobre esses negócios, evitando assim conflitos entres normas contraditórias. Todavia, apesar dos legisladores não discutirem sobre esses novos tipos de negócios jurídicos, a doutrina trata do assunto, ainda de forma meio contida e nem sempre pacífica, mas já esboça traços definidores dos conceitos entre as espécies de negócios.

Dessa maneira, percebe-se que a noção de negócio jurídico se expande. Primeiramente, com relação aos outros ramos do direito civil, Paulo Lôbo afirma:

⁸⁶ Idem, ibidem, op. cit, 2017, p. 18.

⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 422.

⁸⁸ NICOLAU, Noemí Lída. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo código civil brasileño. **Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, v. 16, 2003.

Em nosso direito civil, há negócios jurídicos de ramos específicos, fora do direito das obrigações: negócios de direito de família: o casamento, o pacto antenupcial, o divórcio consensual extrajudicial, o contrato de regime de bens na união estável; negócios jurídicos de direito das sucessões: as formas de testamentos, a renúncia à herança, a cessão de direitos hereditários, a partilha amigável extrajudicial; negócios jurídicos dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade: a cessão de uso de imagem (modelos, artistas, desportistas) ou contratos de limitação voluntária de privacidade⁸⁹.

Outrossim, o autor também conclui pela formação de negócios jurídicos existenciais:

Em seu cotidiano, na sociedade contemporânea, a pessoa insere-se constantemente em relações jurídicas negociais, às vezes sem consciência disso. Os negócios jurídicos de fornecimento de produtos e serviços públicos, como água, luz, telefonia, são contínuos e vinculam a pessoa contínua e permanentemente. O transporte público que toma, o alimento que adquire, a chamada telefônica que faz são situações existenciais apreendidas em negócios jurídicos⁹⁰.

Rose Melo Vencelau Meireles⁹¹ também entende que existem negócios jurídicos existenciais, tendo em vista que o negócio jurídico transpôs a visão meramente individualista e passou a acompanhar os avanços da autonomia privada. Todavia, a autora frisa a dificuldade de realizar uma categoria uniforme dessa espécie de negócios. Sobre o papel da autonomia privada nesses casos, a autora assevera: “Muitos são os atos voluntários de conteúdo existencial que não têm efeito pré-ordenado, logo, buscam um regramento a partir da autonomia privada”⁹².

Tal preocupação é extremamente válida observando que muitos autores nacionais, como Washington Barros Monteiro⁹³, Maria Helena Diniz⁹⁴, Pablo Stolze⁹⁵, não apresentam essa divisão em seus livros, apesar de ser um assunto extremamente relevante. Além disso, autores⁹⁶ que tratam dessa questão utilizam muitas vezes terminologias diversas, o que impossibilita a maior uniformidade no estudo.

Pode-se compreender que hoje os negócios jurídicos podem ser divididos em patrimoniais e existenciais. No primeiro caso, são atos que tem como objeto conteúdo pecuniário, tradicionalmente estudados no Direito. Já os negócios existenciais envolvem as

⁸⁹ LÔBO, op. cit., 2009, p. 247.

⁹⁰ Idem, ibidem, op. cit., 2009, p. 239-240.

⁹¹ MEIRELES, op. cit., 2009, p. 122.

⁹² Idem, ibidem, op. cit., 2009, p. 123.

⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. 39. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contém análise comparativa do Códigos de 1916 e 2002. 5^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 313-320.

⁹⁶ Nesse sentido, pode-se observar José Abreu Filho que trata de negócio extrapatrimonial, Noemi Lúcia Nicolau que trata de negocio jurídico personalíssimo, Rose Vencelau Meireles trata de negócio jurídico existencial. Apesar das diferenças terminológicas, o trabalho adotará esses termos como sinônimos, tendo em vista que tratam do mesmo negócio.

situações jurídicas existenciais, tendo por finalidade aspectos essenciais para a vida do ser humano. Assim, a ampliação do instituto do negócio jurídico para envolver aspectos existenciais corresponde a uma tendência natural do desenvolvimento das relações humanas e a reafirmação da busca da dignidade da pessoa humana.

Com relação à previsão legislativa dos contratos, não se atendo a nova realidade, é importante observa Teresa Negreiros:

Mas a conclusão mais importante é a de que, além de ser desconsiderado o dado objetivo do contrato, é igualmente desconsiderada a função que o mesmo exerce como instrumento de satisfação de necessidades básicas da pessoa do contratante. Isso significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo de uma jóia e de um remédio é um mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial como o serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não-patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais. São desprezados, portanto, elementos materiais da maior importância social, atendo-se a dogmática a diferenciações que concebem a relação contratual como vínculo abstrato, estabelecido entre sujeitos abstratamente iguais, com total indiferença pelo bem contrato⁹⁷.

A autora realiza uma importante ponderação ao exemplificar com o caso do contrato de compra e venda de uma joia e um remédio. Obviamente a função de cada contrato é diferente, logo, não devem ser tratados da mesma forma. Por exemplo, o inadimplemento no pagamento desses contratos deve ser analisado de forma separada, porque o remédio pode significar um bem essencial para a manutenção e continuidade da vida de uma pessoa. Dessa forma, é muito importante realizar as devidas diferenciações dos contratos e negócios, propondo uma divisão entre negócios patrimoniais e negócios existenciais, tendo em vista o objeto e a função social desses instrumentos.

Fica compreendido que existem esses novos tipos de contratos, devendo compreender o seu conceito e aplicação. No tocante ao conceito, os negócios jurídicos existenciais devem ser diferenciados dos negócios jurídicos patrimoniais, porque os primeiros visam ao mínimo existencial da pessoa e seus direitos fundamentais básicos, e não ao lucro⁹⁸.

Desse modo, deve-se entender que o mínimo existencial são as condições sociais necessárias “para tornar possível que as pessoas realizem sua ideia do bem, assim como

⁹⁷ NEGREIROS, op. cit., 2006, p. 364.

⁹⁸ 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 (coord). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: autonomia privada e situações existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 150.

desenvolvam e exerçam suas capacidades morais”⁹⁹. Dessa forma, os negócios existenciais têm como objeto bens que proporcionem uma existência digna, como a educação, saúde, patrimônio mínimo e dignidade.

Deve-se frisar que pode haver uma contraprestação econômica, e assim mesmo não haverá a perda da natureza existencial. Isso porque o importante é o objeto do negócio¹⁰⁰.

A divisão entre contratos existenciais e de lucros pode ser vista em destaque no Brasil Antonio Junqueira de Azevedo que em uma entrevista para a Revista Trimestral de Direito Civil (v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008) tratou do assunto. Segundo o autor:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas¹⁰¹.

Um ponto importante dessa citação refere-se à necessidade de constatação que, dada a peculiaridade desses negócios, os juízes, ao interpretar as suas cláusulas, devem ser atentos nas questões fundamentais da vida da pessoa. Dessa forma, não é possível utilizar as técnicas de interpretação e aplicação dos demais negócios, tendo em vista que o objeto daqueles é relacionado diretamente com a dignidade humana.

Antonio Junqueira de Azevedo volta a tratar desses negócios, afirmando que os negócios existenciais ou não-empresariais têm como sujeitos pessoas não empresárias ou entre um empresário e outro não empresário, assim, o objetivo não será o lucro. Dessa forma, alguns exemplos de contratos existenciais são: contrato de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e os que tratam da subsistência da pessoa¹⁰².

Teresa Negreiros¹⁰³, após criticar a classificação utilizada no Brasil, propõe a utilização do “paradigma da essencialidade” para reclassificar os contratos. Segundo essa autora, esse paradigma se baseia na classificação dos bens, de acordo com as suas funções para classificar os negócios. Dessa forma, propõe uma releitura do direito civil à luz da Constituição Federal, buscando a funcionalização e promoção dos valores existenciais de acordo com a utilidade do bem para a pessoa¹⁰⁴.

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 133

¹⁰⁰ MARQUESI; MARTINS, op. cit., 2016, p. 150.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo. Diálogos com a doutrina. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008, p. 304.

¹⁰² JUNQUEIRA apud AGUIAR JUNIOR, idem, p. 92.

¹⁰³ NEGREIROS, op. cit., 2006, p. 388-393.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, op. cit., 2006, p. 388-393.

Nesse caso, Teresa Negreiros afirma, de forma acertada, que a indiferença com relação a teoria contratual deve ser superada, “trazendo para dentro do contrato aspectos sociais; dentre tais aspectos, a utilidade, mais ou menos existencial, representada pelo bem contrato não deveria deixar de ser excluída”¹⁰⁵.

Nesse contexto, o paradigma da essencialidade apresenta-se com uma forma de reafirmar os princípios base do Código Civil, uma vez que serão observados valores essenciais para o indivíduo, não apenas quesitos patrimoniais. Então, o paradigma é fundamental para adequar a interpretação e entendimento da legislação civil à nova ordem jurídica brasileira, da constitucionalização do Direito Civil.

A proposta da autora refere-se à adequação da teoria contratual e negocial à nova realidade jurídica do Brasil, que passou pelo processo de constitucionalização. Dessa forma, a visão do negócio jurídico sobre o viés existencial não é apenas necessária para a adequação com o fato social, mas também para estar em conformidade com a própria conjuntura jurídica do Brasil que exige uma maior integração entre as áreas do direito, principalmente no campo constitucional, como também com a proteção mais focada.

Isto posto, deve-se entender que “algumas escolhas existenciais podem surtir efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos, livremente assumidos, quando, então, têm-se negócios jurídicos existenciais que são meios de concretização da autonomia privada”¹⁰⁶, destacando que, em caso de conflito, o aspecto existencial deve prevalecer.

Além desses dois autores, Ruy Rosado Aguiar Junior apresenta uma completa análise dos contratos com o intuito de realizar essa nova classificação em existencial e patrimonial. Segundo o autor, “os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição Federal”¹⁰⁷. Assim, o autor apresenta a definição com base nas ideias de Antonio Junqueira de Azevedo, conforme foi tratado anteriormente.

Todavia esse conceito apresenta como desafio definir o que é um “bem essencial”, frente a esse paradigma o ministro compreende que o essencial se refere aos bens destinados a

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*, op. cit., 2006, p. 393.

¹⁰⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais** - autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 113.

¹⁰⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 12, vol. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 101.

garantir uma vida digna. Dessa forma, enquadram-se aqui os bens da vida, saúde, moradia, alimentação, vestuário, entre outros¹⁰⁸.

Portanto, depende-se do objeto e da sua finalidade para compreender se tratasse de um negócio existencial ou não. Assim, pode-se afirmar que nem todo contrato de consumo será um contrato existencial, porque pode ser um caso da compra de um bem supérfluo, logo, será patrimonial. Mas já no caso de um contrato de locação, trata-se do direito a moradia, logo, é existencial.

Ademais, com a existência de situações jurídicas existenciais, tornou-se possível a expansão dos objetos dos negócios jurídicos. Diante disso, nota-se que hoje existem negócios jurídico existenciais, e dentre os diversos tipos de negócios existenciais, um tem maior destaque para este trabalho, os negócios biojurídicos.

O termo “negócio biojurídico” é utilizado de forma pioneira pela autora Rose Melo Vencelau Mereires, em seu artigo “Negócios Biojurídicos”. Esses negócios têm como características atuarem sobre as biotecnologias no âmbito da saúde. Dessa forma, esses negócios podem ser considerados da seguinte forma:

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 ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos¹⁰⁹.

Destarte, os negócios biojurídicos apresentam como objeto o próprio ser humano, tanto na sua integridade física como psíquica. Esses negócios surgem em decorrência dos avanços das biotecnologias que afetam diretamente a vida humana. Assim, essas tecnologias criam situações jurídicas existenciais, capazes de afetarem esses aspectos da vida da pessoa¹¹⁰.

Deve-se compreender que esses negócios atuam sobre interesses da pessoa quanto a sua integridade corporal, havendo assim um entrelaçamento entre negócio jurídico e situação jurídica. Alguns exemplos desses negócios são: diretiva antecipada de vontade e o contrato de reprodução assistida¹¹¹.

¹⁰⁸Idem, ibidem, op. cit., 2011, p. 101-102.

¹⁰⁹MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais** - autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 115.

¹¹⁰ PONA, op. cit., 2015.

¹¹¹ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 22, n. 2, p. 244-271, jul.2018, p. 256.

A utilização de um termo específico para esse caso reside na complexidade do assunto, dessa forma, é importante saber diferenciá-lo dos demais negócios, tendo em vista o seu objeto. Ademais, destaca-se que o Código Civil apenas contém normas gerais sobre os negócios jurídicos, concedendo possibilidade de tipificação de novos casos e criação de normas específicas.¹¹²

Com esta visão, deve-se entender que nem todas as normas do Código Civil podem ser aplicadas aos negócios biojurídicos, a exemplo o artigo 111 do diploma. Segundo esse artigo, o silêncio será considerado anuência para casos em que não forem necessárias a manifestação de vontade. Tal artigo não deve ser aplicado estritamente para os casos de negócios biojurídicos, porque existem casos nos quais a pessoa está incapacitada e consideração do silêncio como anuência pode prejudicar o paciente e afetar a sua autonomia existencial¹¹³.

Noemi Lidia Nicolau utiliza o termo “negocio jurídico personalísimo” para tratar dos casos, envolvendo a integridade física e os direitos da personalidade. Nesse sentido a autora tece sua crítica sobre a falta de regulamentação:

Creemos que, en cambio, es imprescindible contar con un núcleo básico de principios bien regulados en el Código para ser aplicados a todos los actos de naturaleza personalísima. En especial nos preocupa el negocio jurídico que nace de la relación médico-paciente, respecto del cual nos parece fundamental incluir en un código de derecho privado una mínima y precisa regulación del principio de autonomía del paciente, el derecho a la información y los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico personalísimo, denominado “consentimiento” del paciente¹¹⁴.

Visando maior proteção ao ser humano, verifica-se como é importante a categorização dos negócios envolvendo o âmbito da saúde de uma forma própria, como uma espécie de negócio jurídico existencial, uma vez que a categorização e um estudo mais aprofundado sobre esses negócios permite haver uma regulamentação e proteção da dignidade de forma efetiva. Ademais, destaca-se que os casos de negócios biojurídicos atuam no âmbito da saúde; portanto, encontram-se relacionados muitas vezes com a relação médico-paciente.

Os negócios biojurídicos, segundo Rose Melo Vencelau Meireles, podem ser classificados como os demais negócios. Diante disso, eles podem ser: unilaterais ou bilaterais, gratuitos, *inter vivo* ou *mortis causa*¹¹⁵.

¹¹² MEIRELES, op. cit., 2009, p. 119.

¹¹³ NICOLAU, Noemí Lidia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo código civil brasileño. **Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, v. 16, 2003.

¹¹⁴ Idem, ibidem, op. cit., 2003.

¹¹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais** - autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 115.

Para ilustrar esses tipos de negócios biojurídicos, pode-se abarcar o contrato de armazenamento do material genético em uma clínica. Algumas pessoas, por diversos motivos, optam por congelar óvulos e espermatozoides em clínicas especializadas para que no futuro possam gerar seus filhos. Esse ato ocorre na forma de um contrato, denominado pela doutrina de depósito¹¹⁶. Nessa relação, a clínica tem a obrigação de armazenar as células reprodutoras de acordo com as melhores condições, a fim de assegurar a possibilidade de utilizá-las no futuro, e a devolução do material ocorre ao depositante, caso este faleça, ao cônjuge sobrevivente, ou estando expresso no contrato, a um beneficiário, podendo utilizar esse material em inseminação artificial por terceiro, na última hipótese¹¹⁷.

Nesse caso, pode-se observar que se trata de um negócio biojurídico, uma vez que afeta a integridade do ser humano. E assim como tal não deve ser utilizado de forma semelhante aos negócios patrimoniais, por exemplo o inadimplemento do contrato ou descumprimento por uma das partes acarreta consequências mais severas, tendo em vista o ponto de vista do ser, ao contrário de um contrato de depósito com fins estritamente patrimoniais.

Os negócios biojurídicos não são tratados de maneira adequado pela doutrina nacional, ficando a cargo de Rose Melo Vencelau Meireles abordar o assunto. A falta de discussão sobre o tema não faz que esses negócios não existam do ambiente jurídico. Muito pelo contrário, graças aos avanços biotecnológicos, cada vez mais os negócios biojurídicos estão presentes na realidade da sociedade.

Apesar da lacuna doutrinária sobre o assunto, a existência desses negócios se fundamenta nas situações jurídicas existenciais. Na medida em que essas situações englobam diversos fatos jurídicos que não detêm necessariamente previsão legal, todavia contêm consequências no cenário jurídico. Frente a isso, os negócios biojurídicos são fundamentados pela situação jurídica existencial.

¹¹⁶ Deve-se realizar uma observação quanto à utilização da terminologia contrato de depósito para o armazenamento do material genético, esse contrato não pode ser equiparado em todos os termos ao contrato de depósito do Código Civil, tendo em vista o seu objeto. Utiliza-se nesse trabalho termo contrato de depósito porque é o adotado pela doutrina, contudo, entende-se que, dada as suas peculiaridades, o melhor seria utilizar o termo “contrato de armazenamento”.

¹¹⁷ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares Editora. 1991, p. 53.

2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS E NO BIODIREITO

2.1 TRANSFORMAÇÕES DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA SEARA JURÍDICA

No primeiro capítulo foi analisado a evolução dos negócios jurídicos até o surgimento dos negócios biojurídico. Neste capítulo o tema abordado é a autonomia, princípio base para a realização desses negócios. Diante disso, deve-se estudar a origem desse conceito, sua atuação na seara civil e a atuação na relação médico-paciente.

O termo autonomia tem origem grega, formado por duas palavras: *autós* e *nomói*. A primeira significa que é da própria pessoa, enquanto que *nomói* significa regra¹¹⁸. Assim, o termo pode ser entendido como a disposição de regras sobre a pessoa, o indivíduo dispõe sobre questões relacionadas a ele.

O conceito de autonomia tem relação com as noções de independência, liberdade e autogoverno¹¹⁹, isso porque apenas quando o indivíduo está livre, ele poderá agir de forma autônoma. Então, durante a história da humanidade, pode-se notar episódios nos quais não existia ou era extremamente reduzida a autonomia das pessoas, em decorrência da tensão existente com a liberdade.

No campo jurídico, a importância da autonomia surge juntamente com o desenvolvimento das concepções liberais dos séculos XIX e XX¹²⁰, uma vez que a liberdade passa a adquirir um papel fundamental na sociedade.

Um marco histórico importante desse período foi a Revolução Francesa, já tratada no tópico a respeito dos negócios jurídicos; porém, esse movimento também afetou a atuação da autonomia no campo legal.

A Revolução Francesa trouxe como dois ideais a igualdade e a liberdade, além da separação entre Direito Público e Direito Privado. Assim, durante essa época a autonomia passou a ser muito valorizada, uma vez que permitia a todos os indivíduos regularem suas relações como desejassem. Tal situação pode ser ilustrada na seguinte frase “Se todos os

¹¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set., 2004, p. 113.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, Op. cit., 2004, p. 113

¹²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.); TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Editora Método. 2008, p. 42.

indivíduos são livres e gozam de igualdade, suas relações devem ser reguladas por eles mesmo”¹²¹.

Diante desse contexto, a autonomia ganhou destaque e passou a ser denominada de autonomia da vontade, porque os atos humanos são movidos pela vontade, que promove a geração de normas entre os declarantes. Então, autonomia da vontade¹²².

Frente a isso, Immanuel Kant utilizou o termo autonomia da vontade compreendendo-a como:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*¹²³.

Com o decorrer do tempo, e como reflexo da Revolução, a ideia de autonomia extrapolou as discussões filosóficas e passou a ganhar força nas relações negociais e, por conseguinte, no mundo jurídico. Isso decorreu do fato de que as pessoas tinham liberdade e autonomia plena para negociarem entre si.

Nessa conjuntura, a autonomia tornou-se um princípio do Direito e uma fonte das relações jurídicas, como consequência da evolução do direito¹²⁴. Diante disso, pode-se definir autonomia da vontade, segundo Henri de Page¹²⁵ como: “o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções”.

Pode-se concluir que a autonomia da vontade é o poder dos particulares de regerem suas relações de forma livre e sem nenhuma limitação, logo a autonomia era plena. Contudo, Antonio Junqueira Azevedo apresenta críticas a essa visão consolidada de autonomia da vontade influenciada pela doutrina francesa.

Antonio Junqueira de Azevedo entende que a vontade é autorizada pelos Códigos Oitocentistas, isso significa que existe uma contradição na ideia de autonomia da vontade. Com a previsão legal, a autonomia da vontade não é um poder de fato, e sim um “poder

¹²¹ PONA, op. cit., 2015, p. 128.

¹²² PONA, Op. cit., 2015, p. 128-129

¹²³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 85.

¹²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Op. cit. p. 118

¹²⁵ Apud RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 119.

jurídico”, logo, cabe ao indivíduo obedecer às regras legais para seu negócio jurídico ter efeito¹²⁶. Isso significa que todo o conceito de autonomia da vontade perde a sua força, frente a esse conflito.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Otavio Luiz Rodrigues Junior tece críticas sobre a visão de autonomia da vontade:

Percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição tributária aos desígnios da lei¹²⁷.

Em que pesem as críticas, a autonomia da vontade permaneceu no direito marcando a área civilista e principalmente as relações negociais. Nesse sentido, esse princípio passou a justificar a regra do *pacta sunt servanda*¹²⁸, a qual significa que os pactos fazem lei entre as partes. Dessa forma, cabia ao magistrado apenas a execução dos contratos firmados, sem expor juízo de valor com relação às cláusulas estipuladas.

Não obstante, percebe-se que a autonomia da vontade, marcada pela não interferência do Estado nas questões privadas, gera desigualdade nas relações, como é apresentado por Massimo Bianco:

En el sistema liberal y burgués el dogma de la voluntad sirve simplemente para enmascarar estas relaciones y cohonestar el dominio de los detentadores del poder económico. Por médio de la igualdad jurídico-formal de las partes se refuerza su desigualdad de hecho y la libertad negocial se revela como el instrumento de la afirmación de los intereses capitalistas¹²⁹.

Em geral, pode-se observar que a igualdade formal permitiu que fosse compreendido que as pessoas, por serem todas iguais, deveriam dispor livremente. Entretanto, tal princípio não observa que existem desigualdades entre as pessoas, resultando em relações mal equilibradas.

No tocante a esse ponto, Pietro Rescigno¹³⁰ apresenta que a noção de autonomia no direito estava relacionada, no âmbito contratual, à ideia de justo. Assim, no período liberal, entendia-se que a autonomia garantia a justiça e era a única forma possível de assegurá-la.

¹²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 15

¹²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Op. cit. p. 120

¹²⁸ HIRONAKA; TARTUCE, Op. cit., p. 42

¹²⁹ BIANCA, C. Massimo. **Derecho Civil**, volume 3: El contrato. Tradutores: Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2007, p. 47.

¹³⁰ RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**. v. 10. Obbligazioni e contratti. 2ª ed. Torino: UTET, 1995, p. 339.

Contudo, essa visão liberal foi muito contestada em decorrência da constatação dos fatores econômicos capitalistas que faziam que as relações fossem voltadas para os interesses pessoais. Então, nota-se, por exemplo, que contratantes profissionais estavam abusando de consumidores que não eram profissionais.

Em decorrência dessas constatações, a noção de autonomia da vontade vai entrando em declínio devido às mudanças sociais existentes. Além disso, a forma de Estado também foi alterada, em decorrência da constatação de que o Estado Liberal não estava mais cumprindo o seu papel e não impedia o desequilíbrio nas relações. Diante disso, ascende o Estado Intervencionista, que tem como função a limitação da autonomia dos particulares¹³¹.

Nesse contexto, o Direito Público e o Direito Privado deixam de ser áreas totalmente isoladas e separadas, passando a serem analisadas de forma conjunta, ocorrendo a interferência da ordem pública nas normas privadas. Essa mudança é justamente um reflexo do Estado Intervencionista.

No cenário brasileiro, destaca-se que antes havia o Código Civil de 1916 que dispunha sobre aspectos individuais e voluntários, sobre forte influência do Código napoleônico. Assim, era denominado de Constituição do Direito Privado¹³², a refletir muito bem a forma como a separação das normas de ordem pública e ordem privada eram dispostas no Direito¹³³.

Com o decorrer do tempo e a existência de mudanças sociais, notou-se a necessidade de harmonização das relações; portanto, isso resultou, no Brasil, um período de publicações de leis esparsas sobre matérias civilistas¹³⁴, então surgiram normas como a Lei do Inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros¹³⁵.

Posteriormente, assim como houve a mudança no Estado Liberal para o Estado Intervencionista, foi necessário um novo Código de acordo com o novo cenário mundial de constitucionalização do direito civil. Então, é publicado o Código Civil de 2002, que apresenta, além do aspecto patrimonial, existente no seu antecessor, uma análise também existencial, com a proteção essencial da dignidade da pessoa humana¹³⁶. Diante disso, o ser humano passa a ser o centro das relações, devendo sempre ser respeitado, e outros princípios como a boa-fé e a função social surgem como limitadores da autonomia dos particulares.

¹³¹ PONA, Op. cit, p. 137

¹³² TEPEDINO, op. cit., 2004, p. 2.

¹³³ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 22, n. 2, p. 250.

¹³⁴ TEPEDINO, Op. cit., p. 250.

¹³⁵ PAVÃO; ESPOLADOR, Op. cit., p. 251.

¹³⁶ TEPEDINO, Op. cit., p.251.

Além do fato de ocorrer a aproximação do Direito Privado e do Direito Público e da mudança da forma Estado, ocorre um fato extremamente importante no Direito Civil que é apresentado no novo Código Civil. A autonomia da vontade não é mais suficiente para o cenário atual, surgindo o termo “autonomia privada”. Nesse contexto de mudança, é interessante observar o apontamento de Massimo Bianco:

La idea misma de autonomía excluye que el sujeto pueda disponer de la esfera jurídica ajena. Em cuanto partícipe de la vida de relación, el sujeto no es una entidad aislada. Sus derechos y deberes se concretan en relaciones frente a los demás miembros sociales. El sujeto no puede constituir, modificar o extinguir sus relaciones sin por ello mismo modificar la esfera jurídica de otros. De ahí la exigencia de que el acto de autonomía privada encuentre el consentimiento ajeno. Así, el acuerdo se presenta como el instrumento normal de ejercicio de la autonomía privada¹³⁷.

Por agora, observa-se que passa a ser observado que a atuação de um indivíduo não afeta apenas a sua vida, mas também toda a sociedade. Isso pode ser visto, por exemplo, em contratos envolvendo o meio ambiente, qualquer tipo de falha ou inadimplemento pode causar situações catastróficas para toda a humanidade, tendo reflexos por várias gerações. Assim, a noção exclusivamente individualista do Direito Civil passa a ter que ceder espaço para uma visão mais social e coletiva.

No tocante ao aspecto mais social do direito contratual, Pietro Rescigno afirma:

Il contratto deve predisporre rapporti equi e socialmente vantaggiosi. In prima approssimazione, il contraente conclude solo quando il contratto è vantaggioso per lui, perciò ogni contratto è vantaggioso per l'uno e per l'altro contraente; e pertanto il contratto, purché non produca esternalità negative, è bem armonizzato tanto com l'esigenza di equità quanto com l'esigenza di socialità^{138 139}.

Fica evidente que a consideração do aspecto social deve ser observada pelos particulares. Então, o entendimento de autonomia de vontade como a expressão plena da liberdade não é mais adequado, porque nesse novo cenário da autonomia privada, é necessário limitar os negócios jurídicos visando o bem de toda a sociedade.

¹³⁷ BIANCO, Op. Cit., p. 32-33.

¹³⁸ Tradução livre: O contrato deve estabelecer relações justas e socialmente vantajosas. Numa primeira aproximação, o contratante só conclui quando o contrato é vantajoso para ele, portanto, cada contrato é vantajoso para um e para o outro contratante; e, portanto, o contrato, desde que não produza externalidades negativas, é assim harmonizado tanto com a necessidade de equidade quanto com a necessidade de relações sociais.

¹³⁹ RESCIGNO, Op. Cit., P. 352

À vista disso, a autonomia privada deve ser entendida de acordo com seu sentido etimológico, como o poder da pessoa de editar normas sobre si; porém, limitado a normas de ordem pública. A forma de exteriorização dessa autonomia é por meio do negócio jurídico¹⁴⁰.

Otavio Luiz Rodrigues Junior pontua que, apesar de haver pensamentos divergentes quanto ao assunto autonomia privada, a maioria dos autores italianos consente nos seguintes pontos relacionados ao tema: houve a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse privado e essa esfera, o negócio jurídico foi colocado em um caráter mais normativo, e a autonomia privada é um poder normativo, conferido pela lei, aos indivíduos para exercerem sua liberdade dentro dos limites impostos pelo Estado¹⁴¹.

As divergências residem na origem da autonomia privada, podendo dividir os autores em duas correntes: concepção social e concepção normativa. A primeira é defendida por Emilio Betti, enquanto a segunda tem entre seus adeptos Luigi Ferri e Pietro Perlingieri.

Em uma visão social da autonomia privada, Emilio Betti, a reconhece como o poder dos indivíduos de constituírem as suas relações; logo, não estão criando normas jurídicas, apenas estão reconhecendo o que existe no meio social¹⁴².

Já no pensamento majoritário, e o adotado neste trabalho, a visão normativista, compreende que a autonomia privada é “o poder concedido ou reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo de determinar vicissitudes jurídicas como consequências dos comportamentos por ele assumido”¹⁴³. Então, a autonomia privada cria normas jurídicas com eficácia entre as partes, podendo por ventura surtir efeitos para terceiros. Todavia, ressalta que, para gerar efeitos, ela deve respeitar as normas de ordem pública, sob pena de invalidade.

A mudança na visão jurídica de autonomia concedeu como maior marco a limitação da liberdade dos particulares, que a partir desse momento estão restritos a um âmbito de atuação que é cerceado por princípios e normas de ordem pública. Tal limitação foi necessária em razão do contexto anterior de desrespeito e desarmonia nas relações. Frente a isso, o Estado Intervencionista, de forma equilibrada, permitiu uma maior justiça no âmbito jurídico.

¹⁴⁰ HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. **Revista de Derecho Privado**, nº 16, enero-junio de 2014, p. 7.

¹⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Op. Cit., p. 121.

¹⁴² BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 75-79.

¹⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

Nesse sentido, a autonomia privada na seara civil apresenta-se marcante no âmbito do negócio jurídico, mais especificamente nos contratos. Sobre esse assunto, Pietro Perlingieri expõe:

A autonomia se apresenta, no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação. É a atuação não somente de direitos subjetivos mas também de deveres de solidariedade e, por vezes, de específicas obrigações legais de contratar (art. 2.597 Código Civil). Solidariedade não somente econômica mas- como preceitua o próprio art. 2º Const.- também social e familiar (art. 29 Const)¹⁴⁴.

Dessarte, Pietro Perlingieri¹⁴⁵ indica a transformação na visão de autonomia e de negócio jurídico, sendo mais limitada e focada em questões sociais do que meramente individuais. Ademais, o referido autor, em sua obra, apresenta que a autonomia nesse novo contexto atua sobre situações patrimoniais e existenciais. A atuação da autonomia sobre essas situações será analisada mais detalhadamente no tópico sobre autodeterminação.

Nessa esteira, a autonomia privada pode ser compreendida dentro do campo contratual como a liberdade de contratar ou não contratar, com quem irá contratar, liberdade de decidir como e as disposições¹⁴⁶. A doutrina brasileira fala em liberdade de contratar e liberdade contratual.

Deve-se realizar a distinção entre essas duas liberdades, uma vez que se trata da base para a confecção de um negócio jurídico. A liberdade de contratar é a liberdade que de cada indivíduo tem de realizar ou não um negócio, logo é ilimitada¹⁴⁷. Já a liberdade contratual atua sobre o conteúdo do negócio que é limitado por normas de ordem pública¹⁴⁸. Um ponto muito importante, apresentado por Giselda Hironaka, é que essa limitação da liberdade contratual é reflexo do processo de publicização do direito privado ou, como é tratado neste trabalho, de constitucionalização do Direito Civil.

A limitação do conteúdo contratual às normas de ordem pública ilustra o papel do Estado Intervencionista, um Estado que busca equilibrar as relações privadas, a fim de que não haja nenhuma desarmonia nas atividades negociais.

Frente a isso, pode-se perceber que a autonomia privada apresenta limitações, primeiro pela ordem constitucional e, posteriormente, pelas normas privadas. Assim, há limitação

¹⁴⁴ Idem, ibidem, Op. Cit., p. 19.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, op. cit., p. 19.

¹⁴⁶ HINESTROSA, Op. Cit., p. 9

¹⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundamentação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, p. 136-137

¹⁴⁸ HIRONAKA, op. cit., 2002, p. 137

quanto à formação dos negócios jurídicos quanto ao reconhecimento da sua validade, além do obediência do princípio da função social¹⁴⁹.

Nesse sentido, deve-se primeiramente observar as normas constitucionais que delimitam o princípio da autonomia privada. Conforme foi analisado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu o processo de constitucionalização do Direito Civil, com a maior proteção ao ser humano. Nesse cenário, a interpretação das normas do Direito Civil deve estar em conformidade com as normas públicas.

O Código Civil de 2002 apresenta diversas cláusulas abertas, com o intuito de se adequar às novas situações e não gerar a limitação do dispositivo. Tais cláusulas, muito presentes na legislação, serão preenchidas nos casos concretos por valores, regras e princípios constitucionais¹⁵⁰. Logo, demonstra a interferência do direito constitucional sobre o direito privado.

Além disso, a fundamentação da autonomia privada está disposta na própria Constituição Federal (CF), no momento em que é assegurada a liberdade como um direito fundamental (artigo 5º, II da CF). A liberdade é garantida no sentido de permitir que as pessoas livremente se associem, possam se expressar e não sejam obrigadas a fazer algo que a lei proíba. Contudo, destaca-se que a liberdade, apesar de se tratar de um direito fundamental, apresenta limitação no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵¹.

Nesse mesmo sentido, Pietro Pelingieri¹⁵² defende que a autonomia privada não é um valor em si, tendo limites a sua atuação. Dessa forma, compreende que a autonomia é garantida quando respeita os princípios base resultantes dos valores da sociedade. Então, ressalta-se a necessidade de respeito aos princípios constitucionais.

Um caso muito conhecido, envolvendo a autonomia privada e o direito fundamental à liberdade, é o caso francês do arremesso de anão. Na França em 1991, um cidadão anão passou a exercer uma ocupação de ser lançado em direção a um colchão de ar pelos clientes de bares e discotecas. Essa competição ficou conhecida como lançamento de anão, ficando muito popular entre os franceses. Contudo, tomando conhecimento do fato, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a atividade¹⁵³.

Sendo impossibilitado de exercer a sua ocupação, o cidadão francês, chamado Manuel Wachenheim, recorreu à corte administrativa de Versalhes para reverter a proibição. A corte

¹⁴⁹ HIRONAKA; TARTUCE, Op. Cit., p. 49.

¹⁵⁰ HIRONAKA; TARTUCE, op. cit., p. 52.

¹⁵¹ Idem, ibidem, p. 52-53.

¹⁵² PERLINGIERI, Op. cit. p. 276-279.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 1

anulou a decisão do prefeito, porque compreendeu que a atividade não violava “a ordem, a segurança ou a saúde pública”¹⁵⁴. Diante disso, o prefeito decidiu apelar para o Conselho de Estado francês, que vedou a prática por compreender que feria a dignidade da pessoa humana.

Par sa décision du 27 octobre 1995, le Conseil d'État a, pour la première fois, explicitement reconnu que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public. La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de dégradation avait déjà été élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, p. 100). Elle était aussi visée par les stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui interdit les "peines ou traitements inhumains ou dégradants". Le Conseil d'État a donc jugé que le respect de la personne humaine était une composante de l'ordre public et que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui y portait atteinte^{155 156}.

Depois dessa decisão, Manuel Wachenheim apresentou uma reclamação para o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Ele argumentou que a proibição feria a sua dignidade humana, uma vez que o impedia de exercer sua profissão, e afirmou que a decisão violava a sua liberdade, privacidade e era discriminatória contra as pessoas com nanismo. Contudo, o Comitê entendeu que não houve discriminação e que “o banimento da atividade fora baseado em critérios objetivos e razoáveis, inexistindo violação aos direitos humanos”¹⁵⁷.

Diante desse caso, deve-se observar principalmente a decisão do Conselho de Estado francês. O ponto importante foi que se tratou de uma situação na qual o cidadão francês estava atuando por meio de sua liberdade e do princípio da autonomia; todavia, tal ação feria o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, houve a limitação da sua autonomia.

Apesar de tal decisão ser estrangeira, deve-se entender que a transpondo para o território nacional, haveria o mesmo resultado. Tendo em vista que a autonomia dos particulares tem como limitação a ordem pública; desse modo, constatada a violação da dignidade da pessoa humana, tal ação deveria ser impedida.

¹⁵⁴ SCHREIBER, Op. Cit., p. 1

¹⁵⁵ Tradução literal: “Por decisão de 27 de outubro de 1995, o Conselho de Estado, pela primeira vez, reconheceu explicitamente que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra qualquer forma de escravidão ou degradação já havia sido elevada ao status constitucional pelo Conselho Constitucional (Decisão n° 94-343/344 DC, 27 de julho de 1994, p.100). Foi também abrangido pelas disposições do artigo 3° da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, que proíbe ‘tratamentos ou penas desumanas ou degradantes’. O Conselho de Estado, portanto, considerou que o respeito pela pessoa humana era um componente da ordem pública e que a autoridade investida do poder policial municipal poderia, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, proibir uma atração prejudicial”.

¹⁵⁶ FRANÇA. **Commune de Morsang-sur-Orge**. 27 de outubro de 1005. Disponível em: < <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>>. Acesso em: 18 jan 2019.

¹⁵⁷ SCHREIBER, Op. Cit., p. 1-2

Observando agora a limitação da autonomia no campo civil, percebe-se que esta se limita sobretudo nos casos de vícios ou defeitos dos negócios jurídicos, porque tais vícios são capazes de anularem ou declararem nulo um negócio jurídico, estudando a questão da vontade e se a esta foi plena, desimpedida e consciente¹⁵⁸.

Ademais, a revisão dos contratos é um dispositivo que vincula a valoração da autonomia privada com a função social dos contratos. Todavia, para haver a sua incidência é necessário que o negócio não contenha nenhuma situação de injustiça entre os envolvidos¹⁵⁹.

Com relação aos dispositivos expressos, deve-se observar atentamente dois artigos do Código Civil. O artigo 421 prevê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, enquanto que o artigo 422 prevê que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ambos os artigos contêm a previsão de princípios, no primeiro caso é o princípio da função social dos contratos, e no segundo é o princípio da boa-fé.

Ambos os princípios correspondem a limitadores da autonomia privada, uma vez que não é válido um negócio que fira qualquer em deles. No caso da função social, há a previsão também no Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Por certo, pode-se concluir que hoje princípios de ordem civil e direitos fundamentais cercearam a liberdade. No tocante aos negócios jurídicos e mais especificamente aos contratos, a limitação está na liberdade de contratar, tendo em vista que o artigo 421 do Código prevê que a liberdade deve obedecer ao princípio da função social. Portanto, deve apresentar uma utilidade para a coletividade. Diante disso, dois princípios civis importantes desse contexto são a função social e a boa-fé, os quais ditam principalmente as disposições em contratos atípicos, porque servem como forma de delimitar o campo de atuação da vontade.

Frente a essa breve exposição sobre a autonomia privada, sua evolução, conceito e seus limites, deve-se, a partir desse momento, compreender um ramo do direito novo, denominado de Biodireito, tal ramo dedica-se a estudar os avanços biotecnológicos e seus

¹⁵⁸ HIRONAKA; TARTUCE, Op. Cit., p. 60-61

¹⁵⁹ Idem, Ibidem, p. 61-62.

reflexos no mundo jurídico. Assim, esse tema será estudado juntamente com o entendimento sobre autonomia.

2.2 BIODIREITO E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA

O Direito tem se transformado ao longo dos últimos tempos, tanto no quesito de interpretação e aplicação, como a ampliação das áreas de seu estudo e suas ligações no mundo jurídico. Nesse contexto, desponta o Biodireito, como novo ramo jurídico, cuja missão é estudar as mudanças biotecnológicas e seus reflexos no Direito. Porém, antes do surgimento do Biodireito, criou-se a Bioética, assim, deve-se iniciar o estudo por essa disciplina que apesar de não ser jurídica é muito relacionada ao Biodireito.

Em decorrência dos avanços da ciência, tornou-se evidente que era necessário passar a regulamentar e fiscalizar essas novas situações, uma vez que avanços desenfreados poderiam ocasionar novas violações ao ser humano, como a bomba atômica de Hiroshima e as experimentações em seres humanos por médicos nazistas¹⁶⁰.

Diante disso, há um cenário de prosperidade no campo médico e tecnológico, todavia, não existe a devida reflexão e limitação sobre o desenvolvimento e a pesquisa nesse campo. Frente a isso surgem duas disciplinas, cujos objetivos são analisar e estudar esses desenvolvimentos, são o Biodireito e a Bioética.

O Biodireito, segundo Heloisa Helena Barboza, é “um ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”¹⁶¹. Assim, deve-se entender que essa matéria decorre de um desdobramento do Direito com o intuito de acompanhar e as biotecnologias, a fim de que se preserve a proteção do ser humano.

Outra disciplina fundamental para o Biodireito é a Bioética. O termo “bioética” surgiu em 1970, apesar de existirem fatos históricos importantes anteriores que marcaram o

¹⁶⁰ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho. “Bebê medicamento”: diferenças entre os contextos português e brasileiro. In: FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica; VINCE, Fernando Navarro (Org.). **Educação inclusiva e a dignidade da pessoa humana**. Londrina: Thoth, 2017, p. 164.

¹⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, 2000, v.8, n. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 212

nascimento dessa disciplina, como a técnica da fertilização *in vitro*¹⁶². Pode-se conceituar Bioética como “um estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das Ciências da Vida e da Saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular”¹⁶³. Dessa forma, a Bioética concede uma reflexão de cunho mais filosófico e ético sobre os avanços biotecnológicos, buscando trazer um diálogo necessário para que não haja um desenvolvimento desenfreado das tecnologias ao ponto de não ter mais volta.

A primeira vez que o termo Bioética apareceu na literatura foi em 1971, na obra de Van Rens Selaer Potter, *Bioethics: bridge to the future*. O conceito original adotado pelo autor é, nas palavras dele: “(...) sugiro o termo bioética para enfatizar os dois ingredientes mais importantes para a obtenção da nova sabedoria que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.”¹⁶⁴ Diante disso, percebe-se que a utilização do conceito inicial de Potter tem relação com a biologia, sendo mais conectado com questões ambientais e não tanto com o ser humano.

Dessa maneira, o conceito de Bioética adotado por Van Rensselaer Potter não é mais tão usado atualmente porque restringe a disciplina à combinação de conhecimentos biológicos e valores humanos¹⁶⁵. Essa conclusão também é apresentada por Maria Helena Diniz, que afirma que o conceito utilizado hoje é que Bioética é a “ética das ciências da vida” seguindo o pensamento de André Hellegers¹⁶⁶.

Antigamente, a Bioética teve como principal objetivo a diminuição da taxa de mortalidade e aumento da expectativa de vida. Posteriormente, há a nova consciência da pessoa, ao questionar “o que deve fazer” sobre “o que pode fazer”¹⁶⁷.

Nessa perspectiva, nota-se que a Bioética tem o intuito de promover a maior reflexão dos avanços médicos para que não haja o crescimento desenfreado da medicina, sem se preocupar com o bem-estar do ser humano.

Nesse contexto, deve-se observar as palavras de Daisy Gogliano sobre a bioética:

¹⁶² SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”- Da bioética ao biodireito** – Temas Polêmicos, legislação atualizada, Projetos de Lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 31.

¹⁶³ Idem, *ibidem*, op. cit., 2000. p. 31.

¹⁶⁴ POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: Ponte para o futuro**. Tradução Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 27

¹⁶⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003, p. 15

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33

¹⁶⁷ SANTOS, op. cit., p. 39.

A Bioética vem florescendo como uma “nova ciência”, ocupando-se de todas as questões que envolvem os atos de disposição do próprio corpo, tais como a experimentação humana para fins científicos e terapêuticos, a doação de órgãos e tecidos humanos, a inseminação in vitro, a biotecnologia aplicada a Medicina, o aborto, a eutanásia, a recusa de tratamento médico por parte do paciente, “o direito de morrer com dignidade”, e todas as demais questões que envolvem conteúdos valorativos e busca de padrões morais tanto individuais como coletivos¹⁶⁸.

Nessa perspectiva, nota-se que a Bioética apresenta um papel fundamental para os avanços da medicina, enfrentando questões importantes como as técnicas de reprodução assistida e o direito à morte digna. Tais assuntos denotam uma especial atenção, uma vez que seu objeto é o próprio ser humano.

Ademais, percebe-se que a bioética é pautada em quatro princípios: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Os princípios da autonomia, beneficência e justiça surgiram no final da década de 1970 no *Belmont Report*, um relatório criado pela Comissão Nacional de Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental do governo norte-americano. Esse relatório teve como objetivo identificar os princípios bioéticos fundamentais para basear as experimentações com seres humanos¹⁶⁹. Posteriormente, do princípio da beneficência se desdobrou o princípio da não maleficência. Por isso, fala-se hoje que são quatro os princípios bioéticos.

Antes de adentrar no princípio da autonomia, tema central deste trabalho, faz-se necessário compreender de forma sucinta os demais princípios bioéticos, porque todos os princípios atuam sobre os diversos casos de biotecnologia.

Primeiramente, sobre o princípio da beneficência, deve-se entender que o termo beneficência não tem relação com o termo caridade, tal equivalência é totalmente refutada pelo Relatório de Belmont¹⁷⁰. Então, deve-se entender que a beneficência significa fazer o bem para o paciente.

As máximas desse critério são “fazer o bem”, “não causar dano”, “cuidar da saúde”, “favorecer a qualidade de vida”, “manter o sigilo médico”. Ou resumindo: “non nocere (não prejudicar) e bonum facere” (fazer o bem) não causar dano; maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos¹⁷¹.

Esse princípio decorre do dever de fazer o bem; no âmbito médico, refere-se à obrigação do médico de sempre buscar auxiliar o paciente, de acordo com as vontades deste.

¹⁶⁸ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 1, n. 1, novembro de 2000, p. 116.

¹⁶⁹ DINIZ, op. Cit., 2008, p. 38

¹⁷⁰ ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios. Porto Alegre: safE, 2007, p. 66.

¹⁷¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo**: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998, p. 43.

Como um desdobramento do princípio da beneficência há o princípio da não maleficência, segundo o qual não se deve gerar um dano intencional a outra pessoa¹⁷². Dessa forma, o profissional da saúde deve sempre zelar pelo bem-estar do paciente, não prejudicando a sua saúde e integridade física.

Já o princípio da justiça apresenta uma aplicação mais na sociedade e não apenas no aspecto atuação médico-paciente, como ocorre nos dois princípios tratados acima. Segundo esse princípio, deve haver uma “distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde”¹⁷³. Maria Helena Diniz pontua que essa distribuição deve ser feita de forma imparcial, promovendo um tratamento igualitário às pessoas¹⁷⁴. Nesse sentido, Maura Roberti afirma:

Constatamos então que o princípio da justiça, como vetor da bioética, está intimamente vinculado ao princípio da igualdade, vez que este, em nosso ordenamento jurídico, garante a distribuição justa, equitativa e universal dos direitos, dando a cada um o que é seu, os iguais devendo ser tratados igualmente, ao passo que os desiguais desigualmente, na medida em que se desiguam. Assim, o acesso compartilhado dos povos aos recursos proporcionados pelo avanço da tecnologia em face da genética humana é um direito fundamental da humanidade, decorrente do princípio da justiça¹⁷⁵.

É muito interessante a ponderação realizada por Maura Roberti no trecho acima, porque destaca que os avanços médicos sobre a genética devem ser de acesso a toda a humanidade, com base nesse princípio bioético. A medicina avançou muito com as pesquisas na área genética desde o Projeto Genoma Humano; porém, os novos procedimentos de melhoria e seleção de material genético ainda estão restritos a uma classe mais favorecida da sociedade, que detém um poder econômico maior para arcar com os altos custos desses procedimentos. Dessa forma, é papel do Estado garantir que as pessoas que necessitem de aconselhamento genético tenham acesso às técnicas, ademais deve-se haver critérios para a aplicação dos procedimentos, a fim de não haver uma banalização do ser humano.

Após analisar três princípios bioéticos, deve-se iniciar o estudo sobre o princípio bioético da autonomia, seu conceito e aplicação para, posteriormente, realizar um paralelo com o princípio da autonomia no Direito Privado.

O termo autonomia pode ser entendido, segundo Francesc Torralba Roselló, em um sentido exaustivo, como:

¹⁷² Idem, *Ibidem*, p. 43

¹⁷³ Idem, *ibidem*, p. 43

¹⁷⁴ DINIZ, Op. Cit, 2008, p. 39

¹⁷⁵ ROBERTI, Op. Cit. p. 67

La autonomía tiene, pues, dos aspectos: por una parte, se trata de la capacidad del hombre desarrollar, a partir de si mismo, una representación de los fines de su vida y de los medios para alcanzarlos, y de obrar sin constricción exterior de acuerdo con esta representación. Autonomía significa así la capacidad de querer algo, de obrar consciente y voluntariamente. Por otra parte, significa realizar lo que uno quiere realizar, de acuerdo con las propias fuerzas y los condicionantes sociales y políticos¹⁷⁶.

Compreende-se que a autonomia corresponde à capacidade da pessoa de decidir sobre sua vida, tendo como cenário as condições políticas e sociais que a cercam. No âmbito da bioética, esse princípio relaciona-se com a capacidade da pessoa de decidir sobre a sua vida, no sentido de saúde e seu corpo.

A questão da autonomia foi tratada por Tom L. Beauchamp e James F. Childress¹⁷⁷ quando estava realizando seus estudos sobre os princípios da bioética. Segundo Tom L. Beauchamp e James F. Childress, a pessoa autônoma age de forma livre seguindo a suas vontades; porém, há pessoas que têm a autonomia reduzida, como os incapazes mentais, que devem agir com apoio de outra pessoa¹⁷⁸.

Quando houver capacidade, deve haver o respeito à autonomia, compreendendo isso como os desejos e a vontade da pessoa. Tal afirmação é importante porque o fato de alguém ser autônomo não significa que terá suas vontades respeitadas. Dessa forma, “respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito dessa pessoa de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais”¹⁷⁹.

Nesse viés, destaca-se que o respeito à autonomia representa também seguir as crenças e valores do indivíduo. É muito importante lembrar isso, sobretudo, no âmbito médico, porque ainda há discussão no caso de pessoas que são testemunhas de Jeová e recusam a transfusão sanguínea. Sendo o indivíduo maior de idade e capaz, a sua vontade deve prevalecer, mesmo que tenha por base uma crença religiosa. Isso porque a crença faz parte da própria pessoa, corresponde a sua autodeterminação, como será apresentado no tópico seguinte. Desrespeitar a crença fere o ser em seu íntimo e em sua dignidade, e se estará agindo de forma autoritária.

Maria Helena Diniz apresenta como conceito do princípio da autonomia:

¹⁷⁶ ROSELLÓ, Francesc Torralba. Los límites del principio de autonomía. Consideraciones filosóficas y bioéticas. *Ars brevis*, n. 6, p. 357-358, 2000.

¹⁷⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípio de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

¹⁷⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 138

¹⁷⁹ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 142

Reconhecer o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia¹⁸⁰.

Destarte, o princípio da autonomia corresponde à obrigação do médico de seguir os desejos do paciente, com relação a sua saúde e a sua vida.

Sobre o respeito à autonomia, Tom L. Beauchamp e James F. Childress propõem algumas condições: conhecimento, compreensão, ausência de coação interna e externa. Analisam-se cada um desses itens.

Para analisar o conhecimento e a compreensão, é necessário entender a capacidade. A lei divide as pessoas em pessoas capazes e incapazes, de acordo com um critério objetivo. Todavia, no âmbito médico, deve-se observar o caso concreto, se o indivíduo detém capacidade para compreender aquela situação; podendo haver casos de incompetência numa circunstância específica¹⁸¹.

A esse respeito, explica-se melhor: o paciente diante de uma doença grave encontra-se muitas vezes em uma situação de grande fragilidade e sem a devida capacidade de decidir sobre tratamento; tal indivíduo pela lei é capaz; todavia nessa situação, encontra-se afetado tanto psicologicamente que não terá a devida capacidade para atuar¹⁸².

Essa análise indica que o conceito de capacidade na decisão está intimamente ligado ao conceito de autonomia, como argumentamos anteriormente. Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que tratam ou que procuram saber qual é sua vontade¹⁸³.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress compreendem que a capacidade está relacionada com o fato de o indivíduo conseguir decidir de forma autônoma sobre a sua vida.

Outrossim, a autonomia é exercida na forma do consentimento livre, esclarecido e informado que é a autorização da pessoa para a realização desse procedimento. E para a pessoa poder exercer seu consentimento, ela deve entender sobre a intervenção em todos os seus fatos essenciais¹⁸⁴, no sentido dos riscos e dos benefícios. Diante disso, para se exercer a autonomia, deve haver o conhecimento e a compreensão dos atos a que será submetida.

¹⁸⁰ DINIZ, Op. Cit., 2008, p. 38

¹⁸¹ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 153-154

¹⁸² Idem, Ibidem, p. 154

¹⁸³ Idem, ibidem, p. 154

¹⁸⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.161-163

O termo de consentimento livre e esclarecido teve destaque no ano de 2018 em decorrência de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso o STJ, julgou favorável um pedido de indenização de um jovem e de seus pais contra um hospital, em decorrência da falta de informação sobre uma cirurgia¹⁸⁵.

O autor da ação se submeteu a um procedimento cirúrgico, porque havia sofrido anteriormente um acidente que deixara suas mãos trêmulas. O procedimento médico consistia na intervenção sobre os dois lados do cérebro; entretanto, em decorrência dos riscos da cirurgia, o paciente perdeu a capacidade de realizar atividades básicas e tornou-se dependente de uma cadeira de rodas. A Corte Superior entendeu que não ocorreu erro médico, porque tal seqüela tratava-se de um risco do procedimento. Contudo, o STJ compreende que houve a violação do dever de informação, os médicos não informaram os riscos da cirurgia para o paciente nem colheram o termo de consentimento livre e esclarecido; logo, houve a condenação do hospital ao pagamento de uma indenização de danos morais no valor de R\$100.000,00 para um dos autores e mais R\$50.000,00 para os outros dois autores¹⁸⁶.

Sobre o caso, é interessante observar a ementa que trata de forma coerente do princípio da autonomia e do termo de consentimento informado:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. 4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 150580/DF. Recorrentes: Dimas Pereira e Abrahao e outros. Recorridos: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês. Relator: ministro Lázaro Guimarães. Julgamento 2 ago 2018. Publicação 04/09/2018.

¹⁸⁶ BRASIL, idem, ibidem.

cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente. 7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. 8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes. 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

A autonomia também deve ser exercida de forma voluntária, isso significa que não pode ser influenciada por meio de coerção, persuasão nem manipulação. A coerção ocorre quando “uma pessoa usa, intencionalmente, uma ameaça séria e verossímil de provar dano ou usar a força para controlar a pessoa”¹⁸⁷. Já a persuasão ocorre quando “uma pessoa deve ser convencida a acreditar em algo pelo mérito das razões expostas por outra pessoa”¹⁸⁸. E por fim a manipulação “é inclinar a pessoa a fazer aquilo que o manipulador quer, por outros meios que não a coerção ou a persuasão”¹⁸⁹. Em todos esses casos a pessoa não exerceu a sua autonomia de forma voluntária, mas foi obrigada ou iludida a outra decisão que não tomaria de forma livre.

Tais limites da autonomia são essenciais porque delimitam que toda pessoa tem direito a ter as suas vontades, no âmbito médico, preservadas. Mas as suas vontades devem estar pautadas em conhecimento, compreensão e liberdade. Apenas com esses requisitos é possível dizer que há uma autonomia que deve ser respeitada, caso contrário não saberá qual é o real desejo do agente.

Além de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, Diego Gracia apresenta outros limites a autonomia:

¹⁸⁷ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 188

¹⁸⁸ Idem, Ibidem, p. 188

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 189

Brevemente, los cuatro principios bioéticos, lejos de ser del mismo nivel, se hallan estructurados en dos niveles diferentes que definen dos dimensiones de la vida moral: la privada, compuesta por los principios de autonomía y beneficencia, y la pública, formada por los de no-maleficencia y justicia. Las relaciones entre estos dos niveles se hallan gobernadas por dos reglas. La primera o genérica dice que cronológicamente el primer nivel es anterior al segundo. La segunda o jerárquica afirma que en caso de conflicto entre deberes de esos dos niveles, los deberes del nivel público tienen siempre prioridad sobre los del nivel privado.¹⁹⁰

Frente a isso, nota-se que ademais dos limites traçados por Tom L. Beachamp e James F. Childress, Diego Gracia pontua que os outros princípios bioéticos atuam como limitadores da autonomia. Assim, não é possível que um indivíduo tome uma decisão sobre a sua vida colocando em risco toda a sociedade. Um exemplo disso é a polêmica com relação à vacinação, quando a pessoa não se submeteu à vacina por uma escolha pessoal, ela está colocando outros indivíduos em risco, principalmente no tocante às crianças.

Dessa forma, Diego Gracia enfatiza em outras partes do seu livro que os princípios bioéticos públicos (no caso não maleficência e justiça) devem se sobrepor aos princípios bioéticos privados, com o intuito de prevalência do social sobre o individual.

No tocante à limitação do princípio da autonomia, é importante, antes de encerrar este estudo, apresentar as considerações de Diego Gracia:

La autonomía así definida no sólo tiene los límites que imponen la falta de intencionalidad o de comprensión, la existencia de controles externos, y los controles internos que la hacen inauténtica. Tiene además otros límites que le vienen exigidos por el conflicto con los otros dos principios de la vida mora, el de beneficencia ... y el de justicia ... Es un hecho comprobado que cuando la autonomía se lleva al extremo i intenta convertirse en un principio absoluto y sin excepciones, conduce a aberraciones no menores que las del paternalismo beneficentista. Lo que el paternalismo es a la beneficencia, lo es a la autonomía el anarquismo. El bien común exige poner coto a las decisiones libres de los individuos. Por eso con sólo el principio de autonomía tampoco puede construirse una ética coherente¹⁹¹.

Concorda-se com a opinião do autor de que o princípio da autonomia deve ser limitado de acordo com outro princípio bioético, haja vista que a ausência de limites resultaria em prejuízos para o próprio ser humano, na medida em que as técnicas biomédicas atuam sobre o corpo desse indivíduo. Assim, é importantíssimo ponderar esse princípio com os demais princípios bioéticos.

Após analisar o princípio bioético da autonomia, é possível realizar um panorama dele com o princípio da autonomia no Direito Civil. Conforme Diego Gracia aponta, o princípio bioético da autonomia tem uma atuação na esfera privada do indivíduo. O autor entende que

¹⁹⁰ GRACIA, Diego. **Fundamentación y enseñanza de la bioética**. Reimpressão da 2ª ed. Bogotá: Editorial Códice Ltda. 2004, p. 100.

¹⁹¹ GRACIA, op. cit., 2004, p. 187.

os princípios bioéticos privados dependem do próprio indivíduo, enquanto que os princípios bioéticos públicos afetam toda a sociedade¹⁹², logo, é possível realizar essa divisão tendo em vista sobre o que cada princípio exercerá seus efeitos.

Conforme tratado no tópico anterior, o princípio da autonomia no Direito Civil é o poder da pessoa decidir sobre a sua vida, obedecendo às limitações impostas pelo Estado. Já o princípio bioético da autonomia refere-se à possibilidade de a pessoa decidir sobre sua vida, de forma mais específica no âmbito da saúde. Assim, o primeiro princípio engloba o segundo.

Tal fato pode ser observado no próprio Código Civil quando trata da questão da integridade física. A legislação privada apresenta limites no tocante a tratamentos médicos, ao afirmar, em seu artigo 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Nesse artigo, o que está expresso é o princípio bioético da autonomia.

Novamente, pode-se notar a forte presença da bioética no artigo 14 quando permite a disposição gratuita do próprio corpo após a morte, e permite a revogação a qualquer momento. Todavia, por estar inserida no princípio da autonomia do Direito Civil, há a sua delimitação, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, logo, no caso da disposição de partes do corpo, apenas pode ocorrer de forma gratuita e não pode acarretar diminuição permanente do corpo em caso de doação em vida.

Dessa maneira, há a presença do princípio bioético da autonomia na legislação civil, entretanto, por estar incluída no princípio da autonomia privada, ela é cercada pelos fundamentos e princípios constitucionais.

À vista disso, percebe-se que a noção de autonomia privada do direito civil está passando por transformações, principalmente por essa relação com a bioética. Graças aos avanços das biotecnologias, tornou-se possível atuar mais sobre o corpo do ser humano, isso resultou em uma ampliação da atuação da autonomia, sendo necessária, haja vista a complexidade dos avanços, a utilização, além da autonomia do direito civil, a autonomia bioética.

Em geral, a noção de autonomia no campo jurídico passou por uma expansão, devendo então a partir desse momento iniciar o estudo sobre a autodeterminação.

¹⁹² Ibem, Ibidem, p. 99.

2.3 AUTODETERMINAÇÃO

O princípio da autonomia no Direito Civil passou por diversas transformações ao longo da história. A primeira foi a passagem de autonomia da vontade para a autonomia privada, tratado no primeiro tópico.

Segundo Ana Prata¹⁹³, a autonomia privada tem origem nas questões patrimoniais. Todavia, hoje os negócios jurídicos e as relações se expandiram tanto, envolvendo não mais apenas o campo patrimonial, logo, a autonomia privada passou a envolver questões de natureza existencial.

É interessante observar as palavras de Giselda Hironaka e Flavio Tartuce:

O campo de atuação do princípio da autonomia privada é, de início, o patrimonial, no qual se situam os contratos como ponto central do direito privado. De qualquer forma, não se pode esquecer que a autonomia privada também exerce influências sobre questões de direito existencial, como é comum no direito de família¹⁹⁴.

Desse modo, percebe-se que o campo de atuação da autonomia privada se ampliou, atingindo também questões de existencialidade. Isso se deu em decorrência de um processo, a evolução tecnológica e científica e a valorização do ser humano permitiram que o aspecto existencial ganhasse destaque no cenário civil sobre o patrimônio. Nesse sentido, é oportuno observar as palavras de Everton Willian Pona:

O deslocamento do eixo principal do direito com o processo de constitucionalização fez com que as engrenagens conceituais novamente girassem para permitir o aperfeiçoamento de uma noção, cujo histórico evolutivo abordou-se em linhas anteriores. A denominação exclusiva de autonomia privada (especialmente pela compreensão que ainda a mantém diretamente relacionada às situações jurídicas patrimoniais) já não é suficiente para abranger as novas situações que pululam diante da dinamicidade da sociedade. A reboque da evolução dos fatos sociais, o direito revê as próprias concepções, revisa-se, atualiza-se, renova-se¹⁹⁵.

Nessa conjuntura, percebe-se que o princípio da autonomia privada não é mais capaz de abordar todas as questões que envolvem o ser humano. Por isso, é necessário iniciar a introdução do termo autodeterminação no contexto civil, com o intuito de promover a modernização da área privada. Todavia, destaca-se que muitos autores nacionais ainda optam pelo termo autonomia privada, empregando um conceito mais elástico, além da sua ideia

¹⁹³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Libreria Almedina, 1982.

¹⁹⁴ HIRONAKA; TARTUCE, Op. Cit., p. 49.

¹⁹⁵ PONA, Op. Cit., p. 144

clássica. A posição adotada neste trabalho é que o termo autonomia privada passou por uma transformação sendo agora englobado pela autodeterminação.

A autodeterminação, por sua vez, apresenta-se primeiramente no contexto internacional e constitucional no sentido de autodeterminação dos povos. No ordenamento jurídico brasileiro, isso foi trazido no artigo 4º, inciso III da Constituição Federal. Dessa forma, a autodeterminação significa que cada Estado reconhece a soberania do outro. Assim, é reconhecido que cada Estado tem capacidade de produzir regras próprias para seu povo e seu território¹⁹⁶. Contudo, esse termo não ficou restrito ao campo público, sendo agora inserido na seara privada também.

Joaquim de Sousa Ribeiro, a autodeterminação corresponde a “um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil”, no qual está o “poder de cada indivíduo gerir livremente sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”¹⁹⁷. Dessa forma, a autodeterminação envolve a autonomia privada, assim como as escolhas do indivíduo sobre a sua ideologia, partido político, religião, orientação sexual e direito a renúncia à vida¹⁹⁸.

Então, é evidente que dado o contexto atual, o termo “autodeterminação” está mais de acordo com os avanços biotecnológicos e sociais. Todavia, deve-se destacar que Rose Melo Vencelau Meireles não utiliza o termo “autodeterminação” para tratar da manifestação de vontade dos indivíduos em situações existenciais, ela adota o termo “autonomia privada existencial”.

(...) a autonomia privada tem um papel muito importante nas situações existenciais porque ela viabiliza a tutela positiva. Enquanto que a tutela negativa se satisfaz com um comportamento negativo erga omnes, a tutela positiva consiste na possibilidade de autodeterminação do sujeito naquelas situações relacionadas ao ser¹⁹⁹.

A autora compreende que a autonomia privada existencial busca a promoção do desenvolvimento da personalidade humana, relacionando-se assim com dignidade da pessoa humana²⁰⁰.

Todavia, deve-se compreender que é possível a autonomia existencial ser limitada quando entrar em conflito com outros princípios. Como exemplo, Rose Melo Vencelau Meireles pontua como atos de autonomia existencial a disposição sobre partes do corpo²⁰¹.

¹⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Op. Cit., p. 126

¹⁹⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 20.

¹⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Op. Cit., p. 127.

¹⁹⁹ MEIRELES, op. cit., 2009, p. 154-155.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 190

Apesar de uma nova terminologia - autonomia existencial - deve-se entender que tal termo apenas constitui uma categoria inserida dentro do conceito de autodeterminação. Isso porque se tratam, especificamente, de situações existenciais relacionadas aos direitos da personalidade. Dessa forma, opta-se por utilizar o termo autodeterminação neste trabalho, principalmente graças a sua abrangência, com a ressalva de que se compreende que a autonomia existencial está inserida nesse âmbito.

Isso posto, deve-se iniciar a análise da autodeterminação nos casos envolvendo o Biodireito e a Bioética. Nas situações médico paciente, é muito importante a observação da autodeterminação do paciente. Nesse aspecto, considera-se que a autodeterminação decorre do princípio bioético da autonomia, porque corresponde à manifestação dos interesses quanto ao corpo e à saúde.

No cenário internacional, o Estatuto do Paciente na Espanha apresentou, além dos direitos já conhecidos no meio médico, novos direitos como a autodeterminação física, buscando assim a proteção a saúde e assistência sanitária²⁰². Nesse sentido, a autodeterminação física, tendo como base a dignidade e a liberdade da pessoa, é “libertad decisoria protegida por el ordenamiento, que permite a la persona decidir, optar o seleccionar qué hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su substrato corporal”²⁰³. Então deve entender que a autodeterminação é o poder da pessoa decidir sobre a sua vida e seu destino.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional Espanhol reconheceu a existência da autodeterminação da pessoa sobre suas opiniões e interesses pessoais. A sentença 53/1985 de 11 de abril tratou da despenalização do aborto em algumas situações e para abordar o assunto levantou a autodeterminação.

Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución há elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al presto por parte de los demás²⁰⁴.

²⁰¹ Idem, ibidem.

²⁰² SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. Dignidade y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente. **Acta Bioethics** 2011; 17 (1), p. 40 Disponível em: <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/15676/16147> . Acesso em: 28 mar 2019.

²⁰³ SÁNCHEZ, op. cit, 2011, p. 42

²⁰⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha. **Sentencia 53/1985**, de 11 de abril. Boe núm. 119, de 18 de maio de 1985. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>>. Acesso em: 28 maio 2019.

Além dessa sentença, em 2002, o Tribunal Constitucional Espanhol reafirmou o princípio da autodeterminação em um recurso no qual um casal foi condenado pela morte do filho porque não autorizou a transfusão de sangue por motivos religiosos. Nesse caso, a vontade do filho era coincidente com a dos pais, por respeito à crença.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)²⁰⁵.

Nessa situação, percebe-se claramente o papel da autodeterminação com relação ao aspecto corporal do indivíduo e a relação com a sua crença religiosa. Compreendendo que o indivíduo detém capacidade de discernimento sobre as consequências de um tratamento ou não, deve prevalecer a sua vontade. Ademais, deve-se relembrar que o princípio bioético da autonomia prevê que o seu respeito envolve a observância da crença pessoal.

No Brasil, um caso que ficou conhecido nos últimos tempos e tratou da autodeterminação foi o julgado Resp 154055801/DF do STJ envolvendo o dever de informação na relação médico-paciente. Esse julgado já foi tratado no tópico anterior, mas deve-se destacar o seguinte ponto da ementa:

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

Data vênia, na equivocada utilização como sinônimos autonomia da vontade e autodeterminação, como foi demonstrado anteriormente, deve-se observar a conceituação da autodeterminação. No julgado ficou evidente a compreensão de autodeterminação como capacidade da pessoa de se autogovernar, sobre toda a sua vida. Tal visão é a adotada neste trabalho e corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça.

²⁰⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional do Paraná. **Sentencia 154/2002**, de 18 de julho. BOE número 188, de 7 de agosto de 2002. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/4690>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Contudo, a autodeterminação apresenta um conteúdo muito extenso, porque envolve toda a vida da pessoa. No presente trabalho, o foco recai na autodeterminação com relação ao corpo e ao material genético, conforme apresentado nos casos acima.

No Brasil, outro julgado muito conhecido no qual a Corte utilizou como argumento a autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo foi o julgamento da ADPF 54/DF. Esse caso tratou sobre o aborto de feto anencéfalo²⁰⁶. O Supremo Tribunal Federal em decisão histórica permitiu a interrupção da gravidez quando houvesse a constatação de que o feto era anencéfalo.

Nessa decisão, um dos princípios que foram ponderados foi a autodeterminação pessoal da mulher sobre aquela gravidez. Diante disso, tal princípio foi ponderado com o direito à vida. No encerramento do julgamento, a Corte compreendeu a favor da autodeterminação da mulher para essa situação.

Outra questão do Biodireito e da Bioética que é muito debatida nos dias atuais, tendo como um grande argumento o princípio da autodeterminação, é a diretiva antecipada de vontade²⁰⁷.

As diretivas antecipadas de vontade têm origem nos Estados Unidos da América e são instrumentos que visam apresentar a vontade do paciente quanto aos tratamentos médicos que deseja ou não se submeter se estiver incapacitado de manifestar a sua vontade²⁰⁸. Assim, trata-se de um documento com o intuito de formalizar a vontade do indivíduo.

A diretiva é um gênero do qual existem duas espécies: *living will* e *durable power of attorney for health*²⁰⁹. O primeiro, mais conhecido no Brasil como Testamento Vital, foi proposto em 1967 pela Sociedade Americana para Eutásia nos Estados Unidos da América²¹⁰. Apesar das críticas sobre o termo utilizado mais rotineiramente no Brasil, deve-se entender que se trata de um documento no qual a pessoa expressa a sua vontade de interromper ou não se submeter a determinados tratamentos, quando estiver em estado vegetativo persistente ou uma doença crônica incurável, impossibilitando de manifestar a sua vontade²¹¹.

²⁰⁶ <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>

²⁰⁷ As diretivas antecipadas de vontade serão tratadas a partir deste momento de forma a ilustrar o princípio da autodeterminação, não sendo o objeto principal deste trabalho. Diante disso, não há como objetivo esgotar todos os pontos desse assunto.

²⁰⁸ VIERA BOMTEMPO, op. cit., 2012. PAVÃO, Juliana Carvalho; PEREIRA, Uiara Vendrame. Diretivas antecipadas de vontade e o direito à continuidade da vida. In: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (Org.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth, p.197-218.

²⁰⁹ PONA, op. cit., 2015, p. 37

²¹⁰ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, p. 107

²¹¹ Idem, ibidem, op. cit., 2013, p. 89

Essa visão é adotada por Luciana Dadalto e corresponde a uma corrente rejeicionista, no sentido de que o testamento apenas abordará tratamentos aos quais não deseja se submeter. Apesar da grande pesquisa realizada pela autora, não se deve adotar essa visão muito restrita, porque o objetivo da diretiva é o respeito à vontade do paciente, tendo por isso uma forma de concretizar o princípio bioético da autonomia ou da autodeterminação do paciente em caso de impossibilidade de comunicação. Diante desse contexto estaria cercado de forma indevida a autodeterminação do paciente ao privá-lo da possibilidade de prever atos ou tratamentos médicos aos quais deseja se submeter²¹². No caso de atos, pode-se observar o exemplo da médica Ana Claudia Quintana Arantes, em que a pessoa pode manifestar o desejo de ter o seu cabelo penteado todos os dias e receber um beijo²¹³.

Desse modo, o conceito de testamento vital deve ser entendido como “um documento, por meio do qual o indivíduo manifesta antecipadamente a sua vontade em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber nas situações nas quais não possa expressar, por si próprio, sua vontade, de forma temporária ou permanente, esteja ou não em situação de fim de vida”²¹⁴.

Já a outra espécie de diretiva antecipada é o mandato duradouro, como foi traduzido para o Brasil. Ele é:

(...) documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que devem ser consultados pelos médicos no caso de incapacidade temporária ou definitiva para tomar alguma decisão sobre o tratamento ou procedimento quando não houver manifestação prévia de vontade, ou, em havendo, se nesta há lacuna obscura que impeça a plena compreensão por parte de quem atende ao paciente²¹⁵.

No mandato, o mandatário irá decidir sobre as questões médicas do mandante quando este estiver impossibilitado de se manifestar. A diferença essencial entre as duas espécies está em quem irá expressar a vontade sobre os tratamentos médicos. No primeiro caso, testamento vital, é o próprio paciente que manifesta previamente a sua vontade, enquanto que no segundo caso, mandato duradouro, um terceiro que irá decidir.

A relação com a autodeterminação reside essencialmente sobre o testamento vital, porque corresponde a um mecanismo da pessoa se autogovernar no tocante a sua saúde e ao ser corpo.

²¹² PAVÃO, Juliana Carvalho; PEREIRA, Uiara Vendrame. Diretivas antecipadas de vontade e o direito à continuidade da vida. In: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (Org.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth. p.197-218.

²¹³ ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.

²¹⁴ PONA, op. cit., 2015, p. 48

²¹⁵ DADALTO, op. cit., 2013, p. 107.

Diversos casos ao redor do mundo trataram das diretivas antecipadas e a autodeterminação dos pacientes. Um dos casos mais conhecidos é da Eluana Englaro, uma italiana que, em 1992, sofreu um acidente automobilístico e ficou dois meses em coma na UTI. Depois ela continuou no hospital, mas sem recobrar a consciência. Passados dois anos, os médicos a diagnosticaram em estado vegetativo persistente²¹⁶.

Diante da impossibilidade de reversibilidade do quadro clínico de Eluana e sabendo do desejo da filha de não ser mantida viva por meio de aparelhos, o pai dela travou uma batalha judicial na Justiça Italiana²¹⁷.

A discussão judicial demorou anos, com vários pedidos de interrupção da alimentação e da hidratação de Eluana sendo negados pelos Tribunais. Apenas em 2007, a Corte de Cassação decidiu-se favorável à retirada de nutrição e hidratação artificial da paciente, desde que fossem comprovados que seu estado era irreversível e que ela havia expressado previamente a vontade de não manutenção da vida por aparelhos. Assim, em julho de 2008, a Corte de Apelação de Milão considerou que os requisitos exigidos pela Corte haviam sido comprovados²¹⁸.

Esse caso, graças à decisão da Corte de Cassação Italiana em 2007, correspondeu a um grande marco na questão das diretivas antecipadas de vontade e o exercício da autonomia corporal ou autodeterminação do paciente, porque concedeu razão à decisão de um paciente de encerrar a sua vida face ao estado médico agravado e irreversível. A vontade do paciente quanto a sua vida prevaleceu frente ao direito fundamental da continuidade da vida. Pode-se até concluir que a dignidade passou a ser vista não só apenas como o direito a ter uma vida digna, mas também ao direito de ter uma morte digna, com a vontade do indivíduo respeitada quanto à terminalidade da sua existência.

A partir desse caso surgiram outros casos, tanto na Itália como também em outros países. Um caso, anterior ao de Eluana, que deve ser citado é o caso da Nancy Cruzan, que ocorreu nos Estados Unidos da América. Nancy estava em coma irreversível em decorrência de um acidente automobilístico, assim como o caso de Eluana. Então, seus pais decidiram ingressar no Judiciário requerendo a interrupção do alimentação e hidratação artificial da filha, alegando que era a sua vontade. O Judiciário julgou favorável a demanda dos pais, todavia a

²¹⁶ PONA, Evert Willian. Enquanto você dormia: fim de vida e o debate sobre o caso Eluana Englaro- O testamento vital faria diferença? In: VEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo (Orgs.) **Bioética e Cinema**. 2 ed. Maringá: Editora Miraluz, 2017. p. 74.

²¹⁷ PONA, op. cit., 2017. p. 74

²¹⁸ PONA, op. cit., 2017, p. 75-76

prova da manifestação da vontade da paciente foi uma conversa que ela teve com uma colega de quarto anos antes, não havendo uma prova documental da vontade.

Juan Espinoza Espinoza, observando a jurisprudência italiana e a legislativa, apresenta a seguinte conclusão:

- a. El derecho a la autodeterminación terapéutica es la situación jurídica en la cual el sujeto decide informada y responsablemente respecto del sometimiento a cualquier acto médico, desde el más simple, que sería la consulta, hasta el más complejo, como podría ser el de una terapia experimental.
- b. El derecho a la autodeterminación terapéutica se ejerce a través del consentimiento informado, entendido como la declaración de voluntad de someterse a un acto médico, que descansa en el deber del profesional médico de informar las consecuencias del mismo.
- c. La autodeterminación terapéutica en la fase terminal no debe ser confundida con la eutanasia. La primera se da cuando se mantiene artificialmente la vida, la segunda cuando el sujeto vive autónomamente en una situación de particular sufrimiento. Con la autodeterminación terapéutica no se mata al paciente, simplemente se permite que el *curso natural de su vida* sea digno²¹⁹.

Primeiramente, deve-se compreender que o autor utiliza o termo autodeterminação terapêutica para tratar dos casos envolvendo decisões sobre a saúde e a integridade física da pessoa. No entendimento que aqui se adota, a utilização desse termo vem com o intuito de cercear o amplo campo de atuação da autodeterminação, focando apenas em uma área de sua atuação, a saúde e o corpo da pessoa.

Realizada essa consideração inicial, percebe-se que o autor trata a autodeterminação como um direito. Ao realizar essa classificação está concebendo a autodeterminação ao mesmo patamar de direitos fundamentais garantidos historicamente, como o direito à vida e o direito à saúde. Tendo em vista o desenvolvimento da sociedade e a complexidade das relações, havendo a maior valorização dos desejos da pessoa sobre questões existenciais e mais abstratas, é natural que a autodeterminação adquira cada vez mais espaço nesse cenário, sobretudo, porque as relações sociais se transformam e obrigam o direito a se modificar para acompanhar seu novo contexto.

Nessa conjuntura, a sociedade atual deseja muito mais liberdade sobre a vida, almeja objetos como uma morte digna e melhor conhecimento sobre tratamentos médicos antes de autorizá-los. A vontade do paciente adquire um patamar fundamental na nova realidade. Naturalmente, englobar a autodeterminação como um direito fundamental resulta dessa evolução.

²¹⁹ ESPINOZA, Juan Espinoza. El derecho a la autodeterminación terapéutica en la fase terminal. **Derecho & Sociedad** 34, p. 246.

Além da diretiva antecipada de vontade, o Suicide Act de 1961 do Reino Unido, ao tratar da questão do suicídio, reconheceu a autodeterminação, conforme apresentado por Ângela Vivianco Martinez:

En efecto, de acuerdo con la sección 2 (1) de la *Suicide Act* de 1961 del Reino Unido, si bien se despenaliza el suicidio y se reconoce la autodeterminación en las decisiones de vida y de muerte de la persona, es un crimen asistir a otro para que se suicide²²⁰.

Após essa breve apresentação de alguns casos, pode-se perceber que a autodeterminação se encontra presente no Biodireito em diversas situações. Entretanto, ressalta-se que é possível utilizar os termos autodeterminação e autonomia nesse contexto como sinônimos, o que é muito utilizado em diversos textos. Todavia, no caso do Biodireito, a autodeterminação estará centrada na saúde e na integridade psicofísica da pessoa.

Por isso, acredita-se que a autodeterminação hoje é capaz de englobar diversos atos, além dos atos clássicos da autonomia privada, como os contratos de natureza patrimonial. A autodeterminação corresponde ao exercício da vontade do indivíduo quanto a todos os aspectos da sua vida, seja patrimonial ou existencial, devendo assim ser utilizada como forma de efetivação de situações jurídicas, sejam patrimoniais ou existenciais.

Nesse ponto, deve-se ressaltar a crítica apresentada na análise de diversos julgados, infelizmente, os termos autonomia, autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação são usados de forma indiscriminada pelos julgadores nacionais e estrangeiros, aplicando-os como se fossem sinônimos. Diante da exposição histórica e conceitual dos termos, pode-se perceber que não são sinônimos, devendo serem empregados de forma correta de acordo com o assunto tratado. Assim, hoje, frente a todas as mudanças sociais e tecnológicas, o termo adequado é autodeterminação, uma vez que a autonomia expandiu os seus campos de atuação.

Entretanto, os atos da autodeterminação realizados dentro da seara biotecnologia são atividades muito específicas desse poder individual. Em face disso, uma sugestão de terminologia é autonomia para atos da saúde. A ideia de conceder uma nomenclatura específica para essa parcela da autodeterminação é devido à complexidade do assunto e à ausência de disposições precisas no âmbito jurídico.

²²⁰ MARTINEZ, Ângela Vivianco. La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty. *Acta Bioethica*, 2012, ano VIII, n° 2, p. 301.

Desta maneira, a autonomia biojurídica envolve os limites gerais da autonomia privada, fundamentada nos princípios e direitos fundamentais, além de englobar também os limites e reflexões impostos pelo princípio bioético da autonomia, para atos na área da saúde. Tendo em vista a especificidade do assunto, a utilização complementar do estudo bioético é essencial para conduzir a uma melhor aplicação da “autonomia biojurídica”.

2.4 AUTODETERMINAÇÃO ENVOLVENDO INCAPAZES

A maioria dos casos tratados sobre a autodeterminação ou a autonomia sobre o corpo envolveu pessoas maiores de idade que expressaram quais eram os seus desejos. No caso do Testamento Vital, apesar de o paciente encontrar-se em estado de inconsciência, a sua vontade já foi manifestada previamente. Diante disso, nessas situações, a discussão reside sobre seguir ou não a vontade de uma pessoa maior e capaz a respeito da sua vida e da sua saúde.

Entretanto, o assunto se torna muito mais complexo quando envolve pessoas menores de idade que pela lei não são capazes de consentir, cabendo a uma responsável a manifestação da vontade.

O princípio bioético da autonomia é fundamental na relação médico-paciente, sendo cada vez mais considerado nos dias atuais, uma vez que a medicina passou de uma visão de paternalismo do médico para a autonomia do paciente. Entretanto, no caso de uma pessoa que tenha sua vontade, ela deverá ser protegida²²¹. Isso ocorre no sentido de que há a manifestação de vontade por meio de um responsável.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress tratam de forma detalhada dos modelos apresentados pelos tribunais envolvendo métodos de decisão sobre tratamentos médicos e pessoas incapazes. Segundo os autores, existem três modelos: julgamento substituto, pura autonomia e melhor interesse²²².

No primeiro modelo, julgamento substituto, há a nomeação de um decisor substituto que deve decidir sobre a aceitação ou não de um tratamento a outra pessoa, devendo para isso se colocar no lugar dela, decidir como se fosse o indivíduo. Casos americanos conhecidos que abordaram esse tipo de modelo foram o caso Saikewicz e caso Quilan²²³.

²²¹ DINIZ, op. cit., 2008, p. 38

²²² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípio de ética biomédica. Tradução: Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 195.

²²³ Idem, ibidem, op. cit., p. 196-197

No primeiro julgado, Saikewicz, o tribunal entendeu que, para haver a decisão substituta, deve ser em caso de pessoa que era capaz, mas se tornou incapaz, havendo assim formas de compreender, durante a fase de capacidade do enfermo, quais eram as suas vontades²²⁴.

Nesse processo de decisão, devem ficar claras as razões que o decisor indica como a provável escolha do paciente. Todavia, deve-se entender que tal modelo apresenta deficiências, porque a apresentação de prováveis indicadores da vontade da pessoa pode ser má interpretada e utilizada de forma errônea.

O segundo modelo é o da pura autonomia. Esse modelo deve ser utilizado para pessoas que já foram capazes e expressaram, durante a capacidade, uma decisão autônoma ou preferências relevantes²²⁵. Dessa forma, esse modelo prevê o respeito a decisões prévias do paciente.

Nesse caso é necessário, segundo os tribunais, além de observar critérios subjetivos, de vontade do paciente, critérios objetivos, como o melhor interesse do paciente.²²⁶

Destaca-se como um ponto importante entre os dois modelos, a existência desse segundo de uma forma de manifestação do paciente durante a sua capacidade sobre sua vida. Diante disso, o seu decisor deverá se basear na vontade expressa do enfermo para autorizar ou não o tratamento. Apesar de haver esse acréscimo no modelo da pura autonomia, ele e o do julgamento decisório são bem semelhantes, sendo aplicados de forma conjunta, porque no modelo analisado no momento há um decisor que apresentará a autorização ou não. Tal situação é exposta por Tom L. Beauchamp e James F. Childress que defendem o surgimento de uma “economia de modelos”²²⁷.

Entretanto, deve-se apresentar algumas críticas ao modelo de autonomia pura apresentado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress. Segundo os autores, caso a vontade do paciente não seja apresentada de forma muito explícita, pode gerar interpretações equivocadas. Ademais, pode o decisor se basear em valores do paciente que são semelhantes aos seus e deixar de observar outros valores. Além disso, deve-se observar que está cada vez mais difícil encontrar pessoas que aceitem assumir o papel de tutelar uma pessoa incapaz²²⁸, o que dificulta a nomeação de um decisor.

²²⁴ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 196-197

²²⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 199

²²⁶ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 201

²²⁷ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 204

²²⁸ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 203

As críticas apresentadas por Tom L. Beauchamp e James F. Childress são muito bem ponderadas e adequadas a esse modelo. O decisor encontra-se em uma posição muito sensível, podendo atuar contrário à vontade do paciente, em decorrência de uma má interpretação dos desejos da pessoa. Então, tal modelo é falho para a efetivação da autonomia do paciente, sendo capaz de prejudicar a individualidade da pessoa.

Por fim, o modelo do melhor interesse, segundo Tom L. Beauchamp e James F. Childress, determina que o decisor substituto deve escolher tendo como base o melhor benefício para a pessoa incapaz, dessa forma, deve observar os riscos e benefícios de cada tratamento, antes de autorizar ou não. Para resumir essa ideia, é interessante observar as palavras de Tom L. Beauchamp e James F. Childress: “emprega-se o termo ‘melhor’ porque a obrigação é de maximizar os benefícios por meio de uma avaliação comparativa que encontra o maior conjunto de benefícios”²²⁹.

Antes de os tribunais introduzirem esse modelo no contexto do Biodireito, a ideia de melhor interesse do incapaz estava presente em diversas legislações no tocante às crianças e aos adolescentes. No caso do Brasil, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra o princípio do melhor interesse das crianças; logo, os responsáveis devem zelar pelos interesses dos menores de idade quando forem tomar decisões sobre eles.

Posteriormente esse modelo passou a ser inserido de forma muito acertada aos casos envolvendo a pessoa e sua saúde. É importante utilizar esse modelo quando o paciente nunca foi capaz. Por exemplo, o caso de uma criança ou bebê, ou no caso de um paciente, anteriormente capaz, mas que suas preferências não forneçam a possibilidade do conhecimento confiável da sua vontade²³⁰.

O ponto importante a ser observado pelo decisor nesse caso é, além dos benefícios e riscos do tratamento, também o valor da vida para o paciente e a sua qualidade ao se submeter ao tratamento. Nesse sentido, Tom L. Beauchamp e James F. Childress destaca:

O valor de uma vida é principalmente (ainda que não exclusivamente) o valor que ela tem para a pessoa que a possui. Os julgamentos dos melhores interesses são uma forma de chamar a atenção para essa questão, em vez de ressaltar apenas o valor que a vida de uma pessoa tem para outras pessoas. Aceitar um modelo dos melhores interesses, propriamente falando, equivale a reconhecer que, em caso-limite, temos que decidir quais são os interesses de bem-estar do paciente naquele momento, e não buscar aquilo que ele teria escolhido em algum mundo possível imaginário²³¹.

²²⁹ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 205

²³⁰ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 205

²³¹ Idem, *ibidem*, op. cit., p. 206

Entretanto, apesar de tal modelo ser muito interessante para as pessoas que sempre foram incapazes, infelizmente existem decisões que interpretaram o melhor interesse da pessoa de forma muito maleável, isso ocorreu, por exemplo, no caso *Strunk v Strunk* nos Estados Unidos da América²³².

Os fatos do caso *Strunk v Strunk* são: um casal, Arthur e Ava, eram pais de dois meninos, que na época eram maiores de idade. O filho mais velho, Tommy, tinha 28 anos e sofria de uma doença crônica, necessitando para o tratamento de um transplante de rim. O filho mais novo era Jerry que tinha 27 anos, mas apresentava uma deficiência mental, tinha um Q.I. de aproximadamente 35, o que significa que sua idade mental correspondia a aproximadamente 6 anos.

Como Tommy precisava de um transplante de rins, os médicos buscaram um doador compatível, seus pais e parentes foram testados, mas não houve compatibilidade. Como último recurso, Jerry foi testado e foi constatada a compatibilidade.

A doação de rim entre Jerry e Tommy representa uma questão ética bem delicada. Primeiramente, deve-se ter em vista que Jerry sempre foi incapaz e dada a sua condição de ter dificuldade de se comunicar, fica muito difícil compreender qual seria a sua vontade nesse caso. O segundo ponto é que o irmão Tommy necessitava do transplante por uma questão de vida, e outras pessoas foram testadas, não havendo compatibilidade. Diante disso, formou-se um grande dilema, se poderia ou não doar o rim.

A mãe dos homens ingressou com uma petição pedindo autorização judicial para realizar o procedimento. A corte compreendeu que a operação era necessária e entendeu haver várias circunstâncias especiais no caso que não tornavam apenas Tommy beneficiário, mas também Jerry. Segundo decisão da corte:

The court found that the operation was necessary, that under the peculiar circumstances of this case it would not only be beneficial to Tommy but also beneficial to Jerry because Jerry was greatly dependent upon Tommy, emotionally and psychologically, and that his well-being would be jeopardized more severely by the loss of his brother than by the removal of a kidney^{233 234}.

²³² Idem, *ibidem*, op. cit., p. 206

²³³ Tradução Livre: “A corte considerou que a operação era necessária, que devido a circunstâncias peculiares do caso, não seria benefício apenas para Tommy, mas também benéfico para Jerry, porque Jerry era muito dependente de Tommy, emocional e psicologicamente, e que o bem estar seria mais severamente ameaçado pela perda do irmão do que pela perda do rim”.

²³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of Kentucky. *Strunk v. Strunk*. 445 S.W.2d 145 (1969). 26 de setembro de 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/1969/445-s-w-2d-145-1.html>. Acesso em: 28 mar 2019.

Após a decisão da corte da comarca, o caso foi remetido à segunda instância que manteve a decisão. O fundamento da decisão de autorização do transplante teve como base o melhor interesse do incapaz, argumentando que a morte do irmão causaria maiores problemas, uma vez que era dependente psicológica e emocionalmente dele.

Frente a esse julgado, Tom L. Beauchamp e James F. Childress fazem uma necessária crítica, porque compreendem que não deveria analisar apenas um possível futuro trauma psicológico ao doador, mas também realizar procedimentos adicionais, como um comitê de exame para compreender de forma mais assertiva qual é o melhor interesse da pessoa incapaz. Diante disso, eles afirmam: “Julgamentos sobre os melhores interesses devem se concentrar em fatores tangíveis, como sofrimento físico e diagnóstico médico, e só devem se estender a outros domínios com hesitação e grande cautela”.

Além de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, André Gonçalo Dias Pereira²³⁵ também trata da questão do consentimento em procedimentos médicos envolvendo incapazes. O autor apresenta uma visão do direito civil português, indicando que em seu país os pais detem o “poder parental” sobre os seus filhos, atuando como “representantes” das escolhas dos incapazes²³⁶. Todavia, há alguns pontos muito interessantes na legislação portuguesa.

Primeiramente, há o instituto da tutela, significando que quando os pais não puderem ou forem impedidos de exercer seu poder familiar sobre os filhos, haverá a nomeação de um tutor. Entretanto, o tutor não poderá autorizar procedimentos envolvendo transplantes nos menores, por força da Lei n. 12/93, no seu art. 8º, nº 3, porque apenas os pais ou o juiz podem conceder essa autorização²³⁷. Assim, há uma limitação ao poder do tutor, que não está totalmente igual aos deveres dos genitores.

Ademais, a doutrina portuguesa entende que há “maioridades especiais”, isso quer dizer que apesar do reconhecimento legal da maioridade com os dezoito anos, a lei prevê hipóteses nas quais o menor de idade poderá ser ouvido e terá até direito a veto sobre determinado procedimento. Segundo André Gonçalo Dias Pereira:

²³⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

²³⁶ PEREIRA, op. cit., 2004, p. 303

²³⁷ Idem, ibidem, 2004, p. 304

O art. 26º CRP consagrou o *direito ao desenvolvimento da personalidade*. Ora, sendo os menores titulares de direitos fundamentais, é natural a construção de um regime jus-civilístico que garanta a criação de condições para que cada um possa, desde a mais tenra idade, ir ‘escrevendo a sua biografia’. No domínio dos cuidados médicos, como já tantas vezes foi repetido, estamos perante bens jurídicos pessoalíssimos, onde está em causa a tutela de bens da personalidade, pelo que importa evitar, tanto quanto possível, qualquer forma de heteronomia, mesmo por parte dos progenitores. Assim sendo, dever-se-á a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos da personalidade, *maxime* na matéria de consentimento informado²³⁸.

Percebe-se que no entendimento do direito civil português os menores de idade, apesar de legalmente serem considerados incapazes, tem um papel de destaque quanto aos seus direitos da personalidade, devendo serem ouvidos quando tiverem condições para compreender.

No tocante ao âmbito médico, a legislação portuguesa permite que grávidas a partir dos 16 anos tenham direito a decidir sobre a interrupção da gravidez (art. 142 do CP). Além disso, o art. 5º, n. 3 da Lei n. 36/98, só os menores de quatorze anos e quem não tenha discernimento necessário terão o consentimento substituído pelo do representante, isso significa que o incapaz com mais de quatorze anos tem autonomia para decidir sobre determinadas intervenções médicas²³⁹.

Nesse aspecto o art. 38, n 3 do Código Penal Português dispõe: “3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.”. Frente a isso, deve-se entender que segundo a legislação portuguesa, o menor de idade com mais de quatorze anos tem capacidade consentir no tocante ao tratamento médico, entretanto cabe ao médico avaliar o grau de discernimento desse indivíduo.

Além disso, André Gonçalo Dias Pereira compreende que havendo conflito entre vontade dos pais, menor de idade e médico, deve-se observar o melhor interesse da criança, principalmente nos casos de risco de vida para o menor de idade e quando a recusa do tratamento tiver como base questão religiosa²⁴⁰.

Outro ponto interessante da lei portuguesa refere-se ao direito de veto do incapaz, uma vez que existem disposições legais que proibem a realização de determinados procedimentos médico sem ou contra a vontade do paciente. “Assim, o direito de veto deve ser limitado,

²³⁸ Idem, ibidem, 2004, p. 305

²³⁹ Idem, ibidem, 2004, p. 310-314

²⁴⁰ PEREIRA, op. cit., 2004, p. 331

quando o incapaz com o seu veto impede a realização de uma intervenção terapêutica que teria em vista salvá-lo de uma situação de perigo de vida”²⁴¹.

Nesse contexto, André Gonçalo Dias Pereira apresenta três grupos do direito de veto: reserva da dignidade, reserva da racionalidade e co-consentimento. No primeiro caso há as situações de esterilização de incapazes em Portugal. Já o segundo grupo decorre dos casos em que o incapaz detém ainda alguma racionalidade e discernimento. Por fim, o terceiro caso ocorre quando é necessário a autorização do representante legal e do incapaz, isso porque há uma situação em que um terceiro irá se beneficiar do tratamento e existe uma relação de subordinação entre paciente e representante, por isso é importante essa dupla autorização²⁴².

Nos casos envolvendo ensaios clínicos, o menor de idade apenas poderá participar se o experimento trazer benefícios para ele. Ademais, o menor de idade tem o direito de co-consentir o tratamento e o direito de veto²⁴³.

No tocante a doação de órgão e tecidos, o direito português compreende que não é possível a doação de órgão ou de tecidos não regeneráveis quando envolver menores de idade, logo, o representante legal não pode conceder a autorização. Conforme disposto no art. 6º, n. 4 da Lei n. 12/93: “4 - São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes”²⁴⁴.

Já a doação de órgãos e tecidos regeneráveis envolvendo menores de idade, podem ser realizados desde que sigam determinados requisitos previsto na Lei n. 12/93, art. 6º, n. 5:

- 5 - A dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes só podem ser efectuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos:
- a) Inexistência de dador capaz compatível;
 - b) O receptor ser irmão ou irmã do dador;
 - c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor²⁴⁵.

Todavia, com relação ao consentimento, o art. 8º, n. 4 da Lei 12/93 dispõe que os menores com capacidade de entendimento devem concordar com o procedimento:

²⁴¹ Idem, ibidem, 2004, p. 332

²⁴² Idem, ibidem, 2004, p. 332-333

²⁴³ Idem, ibidem, 2004, p. 333-339

²⁴⁴ PORTUGAL. **Lei n. 12/93**, de 22 de Abril de 1993. Colheita e Transplante de Órgãos. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 21 jun 2019.

²⁴⁵ Idem, ibidem, 1993.

- 3 - Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal.
- 4 - A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes²⁴⁶.

Frente a isso, André Gonçalo Dias Pereira aponta que no Direito Português há o direito do veto do menor doador, que poderá se recusar a se subter ao tratamento²⁴⁷. Dessa forma, fica evidente que no direito português o consentimento do menor de idade envolvidos em procedimentos médicos é essencial, isso decorre dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação dos indivíduos.

Gerado Rocha Ribeiro²⁴⁸ também defende a autodeterminação da criança nos procedimentos médicos, no contexto português. Entendendo que deve ser analisado o caso concreto, em um estudo concreto e pessoal da situação, para compreender se a criança tem competência suficiente para ser informada, esclarecida e se manifestar sobre a intervenção médica.

Por fim, o autor frisa que a solução concedida pela lei portuguesa foi o marco da idade de 16 anos para a presunção da competência de a criança ser informada e dar consentimento a intervenção médica²⁴⁹. Entretanto, no tocante a criança menor de 16 anos, em procedimento de intervenção médica que haja risco ou perigo para a vida do indivíduo ou quando haja outra alternativa, essa criança deve ser ouvida, conforme pode-se observar a seguinte passagem: “O menor, independentemente da idade, tendo capacidade de discernimento, tem o direito a ser informado e a consentir a intervenção médica (ainda que não o faça sozinho)”²⁵⁰.

Frente a isso, destaca-se a importância conferida pela lei e doutrina portuguesas a autonomia do menor de idade, proporcionando a necessidade de explicar e esclarecer os procedimentos a esse indivíduo.

²⁴⁶ Idem, ibidem, 1993.

²⁴⁷ PEREIRA, op. cit., 2004, p. 342-343

²⁴⁸ RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos). *Lex Medicinæ*, Ano 7, nº 14 (2010), p. 123. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32942315/DOC101111.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DQuem_decide_pelos_menores_algumas_notas.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190710%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190710T135714Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=54ce634ab1d8a4b1ed68918288fc1a2452c572f171ae1a85c949245d79d7683a>. Acesso em: 10 jul 2019.

²⁴⁹ Idem, ibidem, 2010, p. 124.

²⁵⁰ Idem, ibidem, 2010, p. 132.

O poder conferido ao menor de idade com discernimento de ter que fornecer o consentimento nos procedimentos médicos é defendido pela doutrina do menor amadurecido. No Brasil, Álvaro Villaça Azevedo define que essa pessoa “é o que tem capacidade de discernimento para tomar decisões próprias, conseguindo entender a natureza e as consequências do tratamento médico proposto, considerada a sua capacidade de escolha para exercer o *consentimento informado*”²⁵¹. Assim, apesar de ser um menor de idade, os profissionais da saúde devem aceitar a vontade porque é um sujeito com capacidade de entendimento.

Álvaro Villaça Azevedo²⁵² pontua que no Brasil não há uma legislação específica sobre isso, contudo algumas normas já reconhecem o respeito à autonomia dos menores de idade. Nesse aspecto cita como exemplos o art. 1.621 do Código Civil que trata do consentimento do maior de 12 anos no processo de adoção, e o art. 1.740, inciso III do Código Civil sobre a escolha do tutor. O Estatuto da Criança e do Adolescente reforçam o respeito a autonomia da criança e do adolescente nos parágrafos primeiro e segundo do art. 28.

Frente a esse contexto, percebe-se que a vontade do menor de idade, quando houver comprovado o seu discernimento, deve ser ouvido pelos profissionais da saúde e genitores. Infelizmente, nos casos envolvendo bebês, como é o caso do bebê-doador, não haverá o discernimento, restando a utilização do critério do melhor interesse da criança.

Destarte, deve-se entender que o princípio da autonomia ou autodeterminação é fundamental para a relação médico-paciente e para situações que envolvem as biotecnologias. Contudo, a questão fica extremamente complexa quando envolvem pessoas incapazes, uma vez que a incapacidade afeta a possibilidade de manifestação da vontade. Frente a isso, o próximo capítulo tem o objetivo de analisar a geração de um bebê-medicamento diante do princípio da autonomia e critérios para determinar o melhor interesse da criança.

²⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha do tratamento médico sem transfusão de sangue. **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵² Idem, ibidem, 2012.

3. BEBÊS-DOADORES E A QUESTÃO DA AUTONOMIA

3.1 CASO DOS BEBÊS-DOADORES E ASPECTOS MÉDICOS

A medicina tem avançado muito nos últimos anos, e uma das mudanças mais significativas foi o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, tornando possível a geração de filhos por casais que tenham problemas de fertilidade. Frente a essa nova realidade, este trabalho visa analisar esse procedimento.

A reprodução assistida consiste na utilização de técnicas que proporcionam a união dos gametas feminino e masculino e assim gerar um novo ser humano. Existem dois métodos de reprodução assistida: fertilização *in vitro* e inseminação artificial. O primeiro método resume-se na retirada do óvulo do útero da mulher e a realização da fecundação em uma proveta, para depois introduzir o embrião no útero da mãe ou de uma mãe substituta. Já o método da inseminação artificial funda-se na implantação do sêmen diretamente no útero da mulher, então a fecundação ocorre em ambiente interno²⁵³.

Por meio do método da reprodução assistida, em 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta na Inglaterra, uma criança que foi chamada de Louise Brown²⁵⁴. Após o sucesso inglês, outros países passaram a desenvolver vários experimentos e, assim, surgiram casos de crianças geradas pela fertilização *in vitro* em outros países como Austrália, França e Estados Unidos da América²⁵⁵.

A partir do desenvolvimento dessas técnicas e sua expansão para outros países, outras pesquisas passaram a ser realizadas, resultando em cada vez mais descobertas em torno desse novo ser humano.

Nessa esteira, deve-se destacar o Projeto Genoma Humano, desenvolvido pelos Estados Unidos da América, um dos grandes projetos do século XX. Segundo Maura Roberti:

O Projeto Genoma Humano, que teve como ciência paradigmática a estabelecida por Darwin e Mendel, teve por objetivo a busca do completo entendimento da base genética do *Homo sapiens*, incluindo a base genética das doenças, de forma a saber onde se encontra cada gene²⁵⁶.

²⁵³ DINIZ, op. cit., 2008, p. 520.

²⁵⁴ SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., 2000, p. 90.

²⁵⁵ LEITE, op. cit., 1995, p. 42.

²⁵⁶ ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios: com análise penal da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 36

O Projeto Genoma Humano realizou o mapeamento de todo o código genético da espécie humana. Isso tornou possível a localização de genes, afetando para sempre as pesquisas com embriões²⁵⁷. Além disso, a conclusão desse projeto torna viável, para o futuro, que os cientistas desenvolvam remédios de acordo com o perfil genético de cada pessoa²⁵⁸.

Como resposta a esse projeto inovador, foi publicada a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Segundo a declaração, o genoma humano é “propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade”. O diploma internacional permite as pesquisas com o genoma desde que tenham como finalidade o alívio do sofrimento e melhoria da saúde das pessoas e da humanidade²⁵⁹.

Sobre os avanços da pesquisa relacionada com o genoma humano, deve-se observar o afirmado por Simone Born de Oliveira:

Uma das doenças genéticas de maior incidência hoje, é a anemia falciforme. Ela é resultado do erro existente em um único gene, de uma única letra entre cerca das 3 bilhões existentes no organismo humano. Já foram detectados mais de 4 ml animais de um único gene, que atormentam a humanidade, sobretudo as crianças, e que, na maior parte das vezes, são fatais²⁶⁰.

O conhecimento do genoma e, por conseguinte, a identificação de genes causadores de enfermidades, tornou possível a criação de uma medicina preventiva. Dessa forma, essa área médica utiliza-se das técnicas de diagnóstico pré-natal para determinar prognósticos em embriões antes do nascimento e até a sua implantação no útero²⁶¹, denominado nesse último caso de diagnóstico pré-implantacional.

As diferenças entre essas duas técnicas é que o diagnóstico pré-natal ocorre durante a gestação, normalmente entre dez e doze semanas, assim, mesmo com a detecção de uma doença genética grave no feto, dependendo das leis do país, a gravidez irá continuar e o bebê irá nascer. Já no diagnóstico genético pré-implantacional, os embriões são analisados quando tem oito semanas, logo, é possível decidir qual embrião irá implantar²⁶². Dessa forma:

²⁵⁷ DINIZ, op. cit., 2008, p. 422.

²⁵⁸ ZARZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. E-book. São Paulo: Globo Livros, 2012.

²⁵⁹ COMITÊ INTERNACIONAL DE BIOÉTICA. Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. 25 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm > . Acesso em: 21 junh 2019.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Direito**: Manipulação Genética e Dignidade Humana. 1ª ed. (4ª triagem). Curitiba: Juruá, 2005, p. 73

²⁶¹ LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial**: um desafio. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1995, p. 137-138

²⁶² ZATZ, op. cit., 2012. p. 768-781.

Estas técnicas que mencionaremos permite al médico evaluar el crecimiento y desarrollo del feto, y em forma individual o mediante la combinación de exámenes, también se puede detectar em aquél (o aun em el preembrión, para el caso del diagnóstico pre-implantatorio) la presencia actual de patologías- malformaciones o defectos del desarrollo- o hacer la detección de anomalías genéticas²⁶³.

A medicina tornou possível a identificação dos genes de um embrião antes do seu desenvolvimento no útero da mulher, gerando várias consequências nos dias atuais. Diante disso, o foco presente estudo incide no diagnóstico pré-implantacional que é a análise genética do embrião antes da sua implantação na mulher.

Por meio desse diagnóstico, casais que tenham um alto risco de transmissão de doença genética para a prole são submetidos à fertilização *in vitro*, podendo ou não associar a injeção intracitoplasmática de espermatozoides²⁶⁴. Então, haverá a obtenção de embriões que são biopsiados para retirar uma célula e o material ser enviado para análise genética da doença. Tendo o resultado do laboratório, é possível identificar quais embriões não estão afetados pela doença e, assim, transferi-los para o útero²⁶⁵. Esse procedimento é conhecido como diagnóstico genético pré-implantacional, ou melhor, D.G.P.I.

Segundo Selmo Geber²⁶⁶, em artigo publicado em 2004, nos mais de 10 anos da utilização do D.G.P.I., já foram realizados mais de 3.000 ciclos no mundo todo. Dessa forma, o D.G.P.I. tem como função importante a prevenção de doenças genéticas que não serão mais transmitidas aos futuros seres humanos, graças a essa técnica. Outro benefício é a possibilidade de identificar o embrião afetado antes da sua implantação, porque no caso do exame genético pré-natal havia a identificação da doença em um embrião instalado no útero e em desenvolvimento, assim, em países no qual é permitido o aborto, os genitores deveriam escolher entre a continuação da gestação ou a sua interrupção.

Naturalmente esse procedimento é muito questionado pela ética. Nem todas as pessoas concordam, por alegarem que se trata de uma eugenia. Tal ponto será melhor desenvolvido no tópico seguinte, devendo neste tópico se atentar às questões técnicas do ato médico.

Alguns países que autorizam o diagnóstico genético pré-implantacional, mas com grandes restrições, são: Dinamarca, Espanha, França, Noruega, Portugal, Reino Unido e

²⁶³ LOYARTE; ROTONDA, Op. Cit., p. 141

²⁶⁴ A injeção intracitoplasmática de espermatozóide é uma técnica de reprodução assistida que consiste na “seleção e a inserção de um único espermatozóide diretamente no citoplasma ovócito e ultrapassa todas as barreiras da fecundação”. (SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**. Vol. 10, sipl. 2. Recife Dec. 2010)

²⁶⁵ GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord). **Biociencia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 303-304

²⁶⁶ Idem, *ibidem*, 2004, p. 304

Suécia²⁶⁷. Já outros países proíbem essa prática: Alemanha, Áustria, Irlanda e Suíça²⁶⁸. Por fim, nos Estados Unidos da América, a normatização ficou sobre a responsabilidade do Departamento de Saúde e Serviços Humanos, não havendo uma lei federal sobre o assunto²⁶⁹.

A existência de países europeus que demoraram para discutir a permissão da geração dos bebês-doadores fez surgir um “turismo reprodutivo”²⁷⁰. Esse fenômeno ocorre quando pais desejam ter um bebê-doador; contudo, seu país não autoriza ou não legalizou a questão, então os casais vão para outros países, a fim de utilizar o diagnóstico. Isso ocorreu, por exemplo, com um casal suíço que foi até a Bélgica para realizar o procedimento²⁷¹.

Por meio do DGPI juntamente com a reprodução assistida, tornou-se possível a geração dos bebês-medicamentos, ou como também são conhecidos *savior siblings*, bebê-medicamento, bebê-salvador ou bebê-doador como é utilizado neste trabalho. Esses indivíduos podem ser entendidos como:

Se denominan “bebé medicamento”a, los niños concebidos con el propósito de que sean donantes compatibles para salvar, por ejemplo, mediante un transplante medular, a un Hermano que sufre una enfermedad congénita inmunitaria²⁷².

De todo modo, percebe-se que os indivíduos gerados como um bebê-medicamento têm como intuito salvar um irmão com uma doença genética. Dessa forma, elas se tornam doadores para uma pessoa mais velha. Nos casos registrados atualmente, as doações têm sido realizadas de células-tronco para o transplante, não havendo ainda o registro de casos de outras doações envolvendo um bebê-medicamento.

Um ponto interessante que deve ser observado é a utilização do termo bebê-medicamento no Brasil e em Portugal. Esse termo apresenta a noção de coisificação do bebê,

²⁶⁷ OLIVEIRA, Leonardo Vasconcelos Guarino de. **A eugenia Fraternal: uma releitura do instituto do bebê medicamento**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. Orientadora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas. Lisboa, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3990/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20-%20final.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2019. p. 46

²⁶⁸ OLIVEIRA, op. cit., 2017, p. 46

²⁶⁹ OLIVEIRA, Op. cit., 2017, p. 46-47.

²⁷⁰ “Turismo reprodutivo” significa quando uma pessoa se desloca do local onde vive para outro local para realizar um tratamento relacionado a reprodução assistida que não é oferecido no local onde mora. Assim, esse deslocamento pode ser de um país para outro, devido por exemplo o custo do procedimento no país natal ou a proibição legal ao procedimento.

²⁷¹ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Savior Sibling: Limites ao poder familiar?* In: GOZZO, Débora (Coord.) **Informação e Direitos Fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, P. 186.

²⁷² MOYANO, Loreto María García; GARCÍA, Begoña Pelliger; TRICAS, Begoña Buil; VELA, Raúl Juárez; PORTILLO, Sandra Guerrero; SOLANAS, Isabel Antón. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. **Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas**. 2016; 36:55-65. Disponível em:<<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/original3.pdf>>. Acesso em: 28 jan 2019.

ao compará-lo com o remédio²⁷³. Dessa forma, o sentido da vida do novo ser cede espaço para o objetivo daquele nascimento, promover a cura do irmão mais velho. Muito interessante a utilização desse termo, porque, em um primeiro momento, pode parecer apenas uma nova denominação; todavia carrega uma carga semântica muito interessante para a discussão ética sobre esse novo ser vivo.

Diante da percepção de que o termo bebê-medicamento detém uma carga pejorativa sobre esse novo indivíduo, e entendendo-se que para um estudo adequado, científico e imparcial, é necessário proceder a investigação de forma neutra, o presente trabalho propõe-se utilizar o termo bebê-doador. Além da importância desse termo para a pesquisa acadêmica, deve-se compreender que o ser humano gerado não tem apenas malefícios, sendo exclusivamente um objeto, mas também sobre uma melhoria na sua vida com a separação de um gene causador de uma enfermidade. Então, o termo bebê-doador, relacionando ao indivíduo gerado com o objetivo do seu nascimento, doar células-tronco para o irmão, é mais adequado.

O primeiro caso de um bebê-doador ocorreu nos Estados Unidos da América no ano de 1990. Um casal tinha uma filha chamada Molly, que nos primeiros meses de vida passou a demonstrar sinais de uma anemia profunda. Depois da realização de vários exames, ela foi diagnosticada com anemia da falconi, uma doença genética que faz a medula óssea perder suas funções. Com a perda das funções da medula, a anemia iria se desenvolver para distúrbios hemorrágicos. Infelizmente a doença foi progredindo e a criança foi piorando, restando como tratamento o transplante de células-tronco²⁷⁴.

Entretanto, os pais de Molly não encontraram um doador compatível. Então, eles decidiram ter outro filho para doar as células tronco do cordão umbilical para a criança. Todavia, a geração de forma natural de um segundo filho acarretaria o risco do novo bebê nascer com a mesma doença genética, o que traria sofrimento para o novo ser, além de que não haveria a certeza da compatibilidade da medula²⁷⁵.

Frente a isso, a solução era que o segundo filho fosse gerado por meio da seleção de um embrião compatível para o transplante e sem a doença. O grande problema era que a técnica do DGPI apenas tinha sido utilizada para selecionar embriões sem doença genética, não havendo aplicação em caso de doação. Isso gerou uma enorme polêmica em termos éticos

²⁷³ MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agès. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, vol. IX, n. 17, jul-dez, 2011. Disponível em:< <https://www.redalyc.org/pdf/420/42023679005.pdf>>. Acesso em: 5 fev 2019. P. 581-582

²⁷⁴ ZATZ, op. cit., 2012, p. 1049

²⁷⁵ Idem, ibidem, op. cit., 2012, p. 1049

nos Estados Unidos da América, sobre se deveria ou não utilizar o DGPI para esse fim. Após uma conversa com o pai de Molly, afirmando que amaria o segundo filho da mesma forma, o médico do caso decidiu utilizar o diagnóstico. Assim, na terceira tentativa de selecionar o embrião, houve sucesso, e nasceu o bebê Adam Nash, que doou seu cordão umbilical para a irmã e salvou a sua vida²⁷⁶.

Então, surgiu o primeiro bebê-doador da história da ciência. Obviamente houve muita discussão ética sobre a aplicação dessa biotecnologia, partindo da análise da mercantilização do ser humano. Todavia, os benefícios também foram considerados, e apesar do conflito bioético, muitos países passaram a adotar essa técnica.

O primeiro caso ocorreu há 17 anos, então já existem entrevistas com o Adam Nash sobre a sua geração e a sua irmã. Em uma entrevista de 2017²⁷⁷, Molly afirmou que é muito próxima do irmão, fazendo tudo juntos, e os irmãos consideram que têm um vínculo único. Segundo Molly: “It kind of brings us more together than most siblings because he gave me something that I could never give him anything back for, so I kind of owe my life, literally to him.”^{278 279}

Em resposta, Adam Nash afirma: “I like being able to help her, it gives you a very, a very heavy purpose.”^{280 281} É muito interessante hoje haver esse registro do entendimento desses dois jovens sobre a utilização dessa técnica, que afetou diretamente a vida deles. Ademais, por se tratar do primeiro caso, é um dos poucos casos nos quais é possível hoje ter um relato dos envolvidos, por já estarem em uma idade capaz de compreenderem e gerarem suas opiniões. Nos casos posteriores, os envolvidos ainda são muito novos. Então, tal relato é importante até para auxiliar o debate sobre essa situação.

Após o caso de Molly, nos Estados Unidos, houveram muitos outros casos da geração de um bebê-doador, havendo o transplante de medula. Um dos médicos responsável pelo caso de Molly disse que depois desse caso fez o transplante de células de vários outros bebês-

²⁷⁶ Idem, *ibidem*, op. cit., 2012, p. 1063

²⁷⁷ HENDRICKSON, Molly. 17 years later, Nash Family opens up about controversial decision to save dying daughter. **The Dever Channel. Com.** Publicado em 14 nov 2017. Disponível em: <<https://www.thedenverchannel.com/news/local-news/17-years-later-nash-family-opens-up-about-controversial-decision-to-save-dying-daughter>>. Acesso em: 30 jan 2019.

²⁷⁸ Tradução Literal: Isso meio que nos une mais do que a maioria dos irmãos porque ele me deu algo que eu nunca poderia lhe dar nada de volta, então eu meio que devo minha vida, literalmente a ele.

²⁷⁹ HENDRICKSON, op. cit., 2017

²⁸⁰ Tradução Literal: Eu gosto de poder ajudá-la, isso lhe dá um propósito muito pesado.

²⁸¹ HENDRICKSON, op. cit., 2017

doadores²⁸². Isso indica que nos Estados Unidos da América esse procedimento continuou a ser realizado depois do sucesso do primeiro bebê-doador.

Todavia, o médico Wagner, do caso Molly, defende a existência de regulamentação e supervisão das clínicas de fertilização *in vitro* e centros de transplantes. A preocupação do médico reside no fato de já ter encontrado casos os quais o deixaram “desconfortável”. Em um exemplo que ele apresentou, um paciente havia implantado quatro embriões, porque os testes genéticos haviam falhado. Assim, os médicos encarregados da fertilização *in vitro* informaram que, após a implantação, iriam testar os fetos e abortariam os que não combinassem com o filho doente²⁸³.

Tal situação é um exemplo claro da necessidade de reflexão e regulamentação da geração de um bebê-doador, uma vez que é muito possível que haja abusos e violações dos direitos do ser humano.

Outro país que tem registros de geração de bebês-doadores é a Inglaterra. Este país foi o primeiro a ter sucesso na técnica da fertilização *in vitro*, assim, há um dos órgãos mais antigos sobre as técnicas das biotecnologias. Existe a *Human Fertilization Embryology Act* (HFEA) que trata dessas questões.

HFEA é responsável por fiscalizar e autorizar procedimentos médicos envolvendo reprodução assistida. Então, em 2003, a HFEA permitiu a geração dos bebês-doadores, desde que seja constatado que os pais não queriam o segundo filho apenas para salvar o primogênito.

O primeiro caso autorizado em território inglês foi o do casal Raj e Shahana Hashmi que tinha um filho, Zain, com a doença talassemia, doença que afeta a produção de hemoglobina. O portador dessa doença necessita de diversas transfusões sanguíneas e o tratamento ocorre por meio do transplante de medula óssea. O casal teve um segundo filho de forma natural que, felizmente não nasceu com a doença, contudo não era compatível com o irmão mais velho²⁸⁴.

A saúde do filho mais velho foi piorando e os pais não encontraram um doador compatível. Frente a essa situação, e havendo o desejo do casal de ter outros filhos, os pais de Zain pediram autorização para a geração de um bebê-doador e o HFEA concedeu. Assim,

²⁸² MARCOTTY, Josephine. ‘Savior sibling’raises a decade of life-and-death questions. **StarTribune**. 22 set 2010. Disponível em: < <http://www.startribune.com/savior-sibling-raises-a-decade-of-life-and-death-questions/103584799/>>. Acesso em: 5 fev 2019

²⁸³ MARCOTTY, op. cit., 2010.

²⁸⁴ ZATZ, op. cit., p. 1076

nasceu em 2003 o primeiro bebê-doador inglês²⁸⁵. Apesar desse desfecho de sucesso, deve-se destacar que o primeiro pedido dos pais de Zain para o HFEA foi negado, entretanto, em uma decisão da Câmara dos Lordes compreendeu pela legalidade dessa técnica, gerando a mudança da decisão do órgão²⁸⁶.

Outro caso inglês importante foi o do casal Michelle e Jayson Whitaker que tinha um filho chamado Charlie, diagnosticado com Blackfan-Diamond. A doença de Charlie faz com que ele tenha muito cansaço e precise se submeter a transfusões de sangue diárias. O transplante de medula é um tratamento que pode ajudar nessa doença, todavia, Charlie não tinha um doador compatível²⁸⁷.

Dessa forma, os pais de Charlie solicitaram uma autorização de HFEA para terem um segundo filho por meio do diagnóstico genético pré-implantacional para ser o doador de Charlie. A diferença nesse caso é que a enfermidade de Charlie não causa a morte, mas um grande sofrimento, ademais a doença não é hereditária, é apenas muito rara. Frente a esses fatores diferenciadores e somado ao entendimento de que a lei britânica apenas autoriza o DGPI para casos de embriões com risco de possuírem a mesma doença, o pedido do casal Whitaker foi negado²⁸⁸.

Diante da negativa do órgão britânico, os pais de Charlie decidiram ir até os Estados Unidos da América, mais especificamente em uma clínica em Chicago para lá realizarem o procedimento. Então, nasceu Jamie em solo americano e doou seu cordão umbilical para Charlie²⁸⁹. Destaca-se que foi possível aplicar essa técnica em solo americano frente à ausência legislativa.

Essas duas situações, nas quais o departamento de saúde apresentou posicionados diferentes, mostra a importância desse órgão, haja vista que atuou com o intuito de fiscalizar e autorizar o procedimento para casos de extrema necessidade.

Após o primeiro pedido dos pais de Zain, houve uma grande discussão ética na Inglaterra, e o grupo *Comment on Reproductive Ethics* (Core) recorreu ao Judiciário Britânico porque entendia que o HFEA não detinha poder para autorizar a geração de um bebê-doador. Assim, o Core contestou o tratamento de Zain e seus pais tiveram que recorrer de 2003²⁹⁰.

²⁸⁵ ZATZ, op. cit.

²⁸⁶ MONTEIRO, op. cit., 2012, p. 185

²⁸⁷ ZATZ, op. cit.

²⁸⁸ ZATZ, op. cit.

²⁸⁹ DOBSON, Roger. "Savior sibling" is born after embryo selection in the United States. **BMJ Publishing Group**. Jun 2003. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1151027/>> Acesso em 5 fev 2019.

²⁹⁰ DYER, Clare. Creating a baby to save sibling is legal, rule lords. **The Guardian**. 29 abr 2005. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/uk/2005/apr/29/research.lords>>. Acesso em: 6 fev 2019.

A suprema corte britânica decidiu a questão em 2005, compreendendo que a geração de um bebê-doador era legal. Ademais, entendeu que a HFEA tinha poder para autorizar a prática de fertilização para a geração desse bebê²⁹¹.

Após essa decisão, percebe-se que houve um relaxamento dos critérios para a geração de bebê-doador pela HFEA, ademais a lista de doenças pré autorizadas sofreram uma ampliação.

Frente a esse novo cenário, percebeu-se que a lei britânica sobre reprodução assistida de 1990 não tratava especificamente sobre a seleção de embriões. Assim, foi proposta uma nova lei para atualizar a dispositivo normativo de 1990. Contudo, a confecção de tal atualização promoveu um maior debate, por pressão de grupos religiosos, e voltou a discutir a proibição do bebê-doador. Dessa forma, o dispositivo que previa a legalidade do bebê-doador foi questionado. Todavia, após muito debate, o parlamento rejeitou a emenda sobre a proibição do bebê-doador, reafirmando a sua legalidade e legislando sobre eles²⁹². A questão da regulamentação dessa situação em território inglês será tratada no terceiro tópico deste capítulo, não cabendo abordar esse assunto neste momento.

Na França, de acordo com a lei de bioética de 2004, é autorizado, utilizando as técnicas médicas para compatibilidade do sistema HLA, determinar a compatibilidade das células tronco. Contudo, apenas em 2011, houve o primeiro caso no país de um bebê-doador. Um casal tinha um filho com a doença beta-talassemia, então foi necessário gerar outra criança com compatibilidade para o sistema HLA e sem o gene da doença. Assim, nasceu o primeiro bebê-doador francês, que foi batizado de Umut-Talha, que em turco significa “nossa esperança”²⁹³.

Outro país com casos registrados de bebê-doador é Portugal. Há uma lei portuguesa que regulamenta a reprodução assistida desde 2006, ademais existe o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) que trata de todos os casos. No país a geração de um bebê-doador é permitida em situações específicas, quando envolver risco de transmissão de anomalia ou doença genética grave²⁹⁴.

²⁹¹ DYER, op. cit., 2005.

²⁹² ROBERTS, MacKenna. **UK Parliament legislates ‘savior sibling’ treatment**. 27 mai 2008. Disponível em: < https://www.bionews.org.uk/page_90698>. Acesso em: 6 fev 2019.

²⁹³ LE MONDE. **Le premier bebe medicament français est né**. 7 fev 2011. Disponível em: < https://www.lemonde.fr/societe/article/2011/02/07/le-premier-bebe-medicament-francais-est-ne_1476586_3224.html>. Acesso em: 5 fev 2019.

²⁹⁴ GOMES, Catarina. Autorizado primeiro “bebê-medicamento” em Portugal. **Público**- Saúde. 30 abr 2015. Disponível em: < <https://www.publico.pt/2015/04/30/sociedade/noticia/autorizado-primeiro-bebe-medicamento-em-portugal-1694062>>. Acesso em: 6 fev 2019.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) é o órgão responsável por analisar os pedidos de geração desses novos bebês. O primeiro pedido autorizado ocorreu apenas em 2015. No caso um casal português tem uma filha com leucemia, portanto, necessitava do transplante de células tronco para a cura da doença. O CNPMA compreendeu que todas as outras possibilidades foram enfrentadas, contudo infelizmente não surtiram efeitos, assim, autorizou a utilização do DGPI para o casal ter um segundo filho compatível²⁹⁵.

Entretanto, outro pedido para o CNPMA sobre a geração de um bebê-doador, também no ano de 2015, foi recusado. Nesse segundo caso, um casal tinha um filho com leucemia, mas a criança estava estabilizada. Ademais, foi constatado que o risco de não encontrar um doador compatível era baixo. Dessa forma, o Conselho compreendeu que neste caso “seria mais um bebê segurança do que um bebê medicamento”, isso significa que os pais desejavam ter outro filho para se tornar um doador caso a criança mais velha viesse a adoecer novamente²⁹⁶.

Uma vez mais há um registro de um caso no qual a existência de um bebê-doador é questionada, tendo em vista fatores específicos. Isso reafirma a importância de existir um órgão competente para fiscalizar os casos, para que não ocorram abusos por parte dos envolvidos.

Assim como países europeus e norte-americanos têm registro do nascimento de bebês-doadores, no Brasil houve em 2012 o primeiro caso da América Latina.

Um casal tinha uma filha chamada Maria Vitória que nasceu com a doença de talassemia major. Essa doença é hereditária e afeta a produção de glóbulos vermelhos. Devido à doença, Maria Vitória tinha que receber transfusões sanguíneas a cada três semanas, além de ter que ingerir uma medicação diária para reduzir o ferro do organismo. O tratamento ocorre por meio do transplante de células-tronco.²⁹⁷

Diante dessa situação e após consultar vários médicos, os pais de Maria Vitória decidiram utilizar as técnicas de reprodução assistida para selecionar um embrião sem o gene

²⁹⁵ GOMES, op. cit., 2015.

²⁹⁶ GOMES, Catarina. Recusado novo pedido de um casal para ter “bebê-medicamento”. **Publico**. 25 de mai 2015. Disponível em: < <https://www.publico.pt/2015/05/25/sociedade/noticia/recusado-novo-pedido-de-bebemedicamento-1696533>>. Acesso em: 7 fev 2019.

²⁹⁷ DA REDAÇÃO. Casal brasileiro gera filha selecionada geneticamente para curar a irmã. **Veja**. 15 fev 2012. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/saude/casal-brasileiro-gera-filha-selecionada-geneticamente-para-curar-a-irma/>>. Acesso em: 7 fev 2019.

da talassemia major e compatível para doar as células tronco umbilicais para a criança. Assim, em 2012 nasceu Maria Clara, o primeiro bebê-doador do Brasil²⁹⁸.

Durante o parto, os médicos coletaram as células tronco do cordão umbilical para doar para Maria Vitória; porém, a quantidade não era suficiente para poder realizar o transplante. Então, foi necessário esperar um ano para poder retirar as células tronco da medula óssea, o que ocorreu no dia 18 de março de 2013. Felizmente o procedimento teve sucesso e Maria Vitória foi curada²⁹⁹.

Após esse caso, segundo o médico geneticista responsável, ele já utilizou o mesmo método para gerar outros vinte bebês-doadores, em situações envolvendo talassemia major e anemia falciforme³⁰⁰.

Além desse caso, o noticiário brasileiro informou outro bebê-doador envolvendo as irmãs Ana Luiza e Antônia. Ana Luiza foi diagnosticada aos três anos de idade com aplasia, doença que afeta o funcionamento da medula. Em decorrência da doença, a criança passou a receber transfusões de hemácias e de plaquetas, com o tempo a enfermidade foi agravando o estado de saúde da criança³⁰¹.

O tratamento ocorre por meio do transplante de medula; todavia nenhum dos pais nem o irmão mais novo eram compatíveis para a doação. Então os pais tiveram conhecimento do primeiro caso de bebê-doador no Brasil e decidiram tentar o mesmo procedimento³⁰².

Assim, em Porto Alegre, na segunda tentativa de fertilização *in vitro*, um dos embriões compatíveis foi implantado e teve sucesso. O casal desejava doar as células tronco do cordão umbilical do bebê para a filha Ana Luiza, entretanto, houve complicações durante o parto, o que resultou em uma cirurgia de emergência, na qual nasceu Antonia e infelizmente não foi possível coletar as células tronco do cordão umbilical³⁰³.

Então, assim como ocorreu no caso paulista, os médicos tiveram que retirar as células tronco da medula óssea, nesse caso foram necessárias duas coletas. A doação foi realizada e felizmente obteve sucesso³⁰⁴.

²⁹⁸ DA REDAÇÃO. Bebê geneticamente selecionado cura doença da irmã. **Veja**. 19 abr 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/bebe-geneticamente-selecionado-cura-doenca-da-irma/>>. Acesso em: 7 fev 2019.

²⁹⁹ DA REDAÇÃO, 2013,

³⁰⁰ SPERB, Paula. Bebê é gerada para doar medula para a irmã mais velha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 abr. 2015, Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2015/04/1615282-bebe-e-gerada-para-doar-medula-para-a-irma-mais-velha.shtml>>. Acesso em: 8 maio 2016.

³⁰¹ SPERB, op. cit., 2015.

³⁰² Idem, ibidem, 2015

³⁰³ Idem, ibidem, 2015

³⁰⁴ Idem, ibidem, 2015.

Frente à análise de casos brasileiros e internacionais, pode-se perceber que a geração de um bebê-doador é uma realidade em diversos países. Dessa forma, deve-se questionar esse avanço, a fim de refletir sobre seus reflexos para o futuro da sociedade. Então, passa-se a analisar a fundamentação que permite a geração desse bebê.

3.2 FATORES DE JUSTIFICAÇÃO PARA A GERAÇÃO DESSES INDIVÍDUOS

Após observar de forma técnica os diversos casos de bebês-doadores no mundo, deve-se a partir desse momento tratar sob o viés jurídico, porque conforme apontado por Luiz Edson Fachin, a ética e as empresas entram em conflito. Frente a isso: “(...) Descobre-se, então, que a esfera jurídica é vital no debate da bioética, e que a discussão sobre a crise de valores passa pelo jurídico, e por isso mesmo o Direito não pode ser uma evidência a qual se adapta ou se acostuma”³⁰⁵.

No aspecto jurídico, a visão de família passou por transformações na história, essa mudança é graças aos avanços tecnológicos que proporcionaram a intervenção na reprodução humana. Conforme demonstrado no tópico anterior, surgiram técnicas de reprodução assistida que permitiram solucionar problemas de infertilidade ou esterilidade em casais. Todavia, no Brasil, não há uma regulamentação jurídica sobre esses avanços biotecnológicos³⁰⁶, devendo-se analisar sobre o viés principiológico e dos direitos fundamentais.

No tocante ao âmbito jurídico, deve-se observar que a família passa a ser tutelada pelo direito, conforme apresenta Luiz Edson Fachin:

Assim sendo, a família deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que- e somente na exata medida em que- se constitua em um núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, como promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes³⁰⁷.

³⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 249.

³⁰⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 108, jan/dez 2013, P. 232

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. Novas Famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**- Editorial. V. 6- out/dez 2015. P.7.

À vista disso, a visão de família é alterada na seara jurídica, na medida em que adentram os avanços tecnológicos e a noção de afetividade à frente do vínculo biológico. Ademais, a família, uma das instituições mais antigas da sociedade, vem a partir desse momento a ser entendida como o núcleo fundamental para o desenvolvimento da personalidade dos filhos. Assim como as famílias devem ser protegidas, as crianças³⁰⁸ também devem ser zeladas.

A Constituição Federal de 1988 vem com o intuito de proteção da família, apresentando o direito ao planejamento familiar, no seu art. 226, parágrafo sétimo, que é o mecanismo jurídico utilizado para proporcionar a legalidade das técnicas de reprodução assistida e, conseqüentemente, fundamento para a geração de um bebê-doador.

Além da previsão constitucional, a Lei nº 9.263/1996 trata especificamente do planejamento familiar. Segundo o art. 2ª da Lei, o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Todavia, deve-se destacar que esse direito não envolve apenas a autonomia sobre ter filhos, mas também o contrário, desejar não os tê-los.

Ao lado das disposições nacionais, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994 trata dos direitos sexuais e reprodutivos. Nesse dispositivo, está prevista tanto a liberdade negativa como positiva do direito, devendo destacar que há hoje um maior destaque para a liberdade negativa³⁰⁹.

Esse direito tem dois aspectos: positivo e negativo. No sentido positivo, há o direito dos pais de decidirem sobre o número de filhos e quando irão tê-los. Já no sentido negativo, refere-se ao direito dos indivíduos de não procriarem³¹⁰. Assim, toda pessoa tem o direito de decidir se terá ou não prole, não cabendo ao Estado a intervenção sobre a intimidade da família.

A autonomia reprodutiva corresponde a um grande avanço em matéria de direito da mulher, porque concede a esse indivíduo a autonomia sobre o seu corpo e seus desejos ou não quanto à futura prole. A visão tradicional de família, formada por pai, mãe e filhos, decai, na medida em que torna possível o futuro casal ter o poder de escolha sobre a geração ou não de

³⁰⁸ No texto deve-se entender como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, seguindo a divisão do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁰⁹ DINIZ, op. cit., 2008, p. 135.

³¹⁰ BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à Procriação e as Técnicas de Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 157- 161

filhos. Assim, a expansão do princípio da autonomia, para além da área patrimonial, resulta na reafirmação da dignidade da pessoa.

Frente a isso, a autonomia reprodutiva relaciona-se com o princípio do planejamento familiar na medida em que fornece ao indivíduo a liberdade sobre a constituição da sua família. A pessoa tem o poder de escolha sobre se deseja ou não ter filhos e como estruturará a sua família, não cabendo uma determinação do Estado sobre isso. Assim, o princípio do planejamento família está interligado a autonomia reprodutiva.

Contudo, apesar da garantia constitucional desse direito, ele não é absoluto, devendo ser limitado pelos demais princípios da ordem jurídica como a dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável³¹¹.

Sobre esse assunto, Maria Helena Diniz afirma que o planejamento familiar responsável é um direito reprodutivo, ou um direito humano básico com reconhecimento pela ONU, por meio da resolução de 1968 e da própria Constituição Brasileira. Entretanto, apesar de tratar de um direito, a autora realiza um alerta: “É preciso reabilitar a paternidade e a maternidade responsável, de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam num ambiente sadio e equilibrado”³¹².

Em decorrência desse direito, há o princípio da parentalidade responsável. Esse princípio é “a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual, bem como aceitar a orientação sexual dos filhos”³¹³. Valéria Silva Galdino Cardin compreende que, para haver o respeito a esse princípio, não pode haver a seleção de embriões com finalidade eugênica de escolhas de atributos físicos. Dessa forma, o posicionamento da jurista é contrário à prática da eugenia³¹⁴.

O princípio da parentalidade significa a obrigação dos pais de protegerem e cuidarem da sua prole, devendo haver o exercício desse dever desde a concepção da criança. Assim, o embrião, segundo Valéria Silva Galdino Cardin, deve ser protegido pelo pais. Ademais, tendo em vista a análise desse princípio juntamente com a dignidade da pessoa humana, é fundamental que os pais proporcionem um ambiente para a criança desenvolver-se de forma saudável³¹⁵.

³¹¹ BARBOSA, Op. Cit., p. 161

³¹² DINIZ, op. cit. 2008, p. 137

³¹³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução Humana Assistida e Parentalidade Responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português**. Birigui: Boreal Editora, 2015, p. 25

³¹⁴ CARDIN, Op. Cit., p. 26

³¹⁵ CARDIN, Op. Cit., p. 27

Por isso, percebe-se que, apesar de os indivíduos terem autonomia reprodutiva, o que é concretamente garantido pelas técnicas de reprodução assistida, tal direito não é absoluto, ficando limitado pelo “produto” desses procedimentos, que é a geração de um novo ser vivo, dotado de dignidade.

Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza afirma que o direito ao planejamento familiar é fortemente limitado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Caso haja o desrespeito, o ato será considerado inconstitucional³¹⁶.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente vem destacado no artigo 227 da Constituição Federal e depois é reafirmando no Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo esse princípio, os indivíduos adultos e o Estado devem sempre agir tendo como objetivo o melhor interesse dos menores de idade, tratando-se com absoluta prioridade. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro concedeu uma proteção especial a esses indivíduos por considerá-los seres em desenvolvimento.

Juntamente com o princípio do melhor interesse da criança há o princípio da proteção integral desse infante. Segundo este princípio, os menores de idade têm maior vulnerabilidade e fragilidade; logo, deve ter um tratamento especial por parte da legislação nacional. Então, a família, a sociedade e o Estado devem agir para assegurar as garantias e direitos fundamentais desses indivíduos, com absoluta prioridade³¹⁷.

Nos casos das novas tecnologias envolvendo a geração de um novo ser vivo, esse princípio deve ser mais considerado, haja vista se utilizar das biotecnologias para criar uma vida, deixando ao árbitro dos cientistas e dos pais como se dará o seu desenvolvimento. Esquece-se de que aquele “objeto” de pesquisa na verdade é um ser humano em desenvolvimento, cabendo ao Direito a proteção e zelo pelos seus direitos fundamentais.

Tendo em vista o direito ao planejamento familiar exclusivamente, os pais têm direito de gerarem um bebê-doador, conforme desdobramento desse direito. Todavia, “apesar da permissão para gerar um Savior Sibling, o exercício do planejamento familiar perpetua-se e deve atender à paternidade responsável e à doutrina da proteção integral, de modo a resguardar a dignidade de todos a prole”³¹⁸.

Novamente, observa-se a importância da relação das novas tecnologias com o direito, tendo os princípios o papel fundamental de sua limitação. A geração de um bebê-doador não

³¹⁶ BARBOSA, op. cit., 163

³¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

³¹⁸ MONTEIRO, Juliano Ralo. Savior Sibling: Limites ao poder familiar? GOZZO, Débora (Coord.) **Informação e Direitos Fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193

deve basear-se apenas no princípio do planejamento familiar, uma vez que o ordenamento jurídico é formado por uma série de princípios que coexistem e devem ser ponderados conjuntamente. Dessa forma, os princípios da paternidade responsável e da proteção integral mostram-se essenciais para essas situações.

Atinente a questões de discriminação dessas crianças doadoras e dos efeitos danosos para elas, Juliano Ralo Monteiro pontua que normalmente os filhos gerados de acordo com os projetos dos pais, podem ser, por diversos motivos, às vezes até egoístas. No caso do bebê-doador, o motivo, segundo o autor, é mais nobre e altruístico, logo, deve ser aceito, ademais, enquadra-se no conceito de planejamento familiar.³¹⁹

Frente a isso, deve-se sempre ter em vista que existem os direitos das crianças que irá nascer. No contexto do bebê-doador, apesar da realização em Brasil, nunca se deve olvidar que é um novo ser vivo, dotado de dignidade. Dessa forma, o princípio da liberdade e o direito a sua integridade física devem ser ponderados no caso.

Então, a autonomia reprodutiva dos pais, cumulada com as novas técnicas de reprodução assistida, deve ser analisada juntamente com o princípio do melhor interesse da futura criança. Essa ponderação é fundamental para que haja o respeito a todos os direitos fundamentais do ser humano e não ocorra a mercantilização da vida.

3.3 A SITUAÇÃO DOS BEBÊS-DOADORES NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES

Nos Estados Unidos da América, primeiro país a gerar um bebê-doador, não há uma legislação específica para o assunto. Fica a cargo de cada estado regulamentar a questão e as clínicas podem editar suas próprias normas.

Conforme apresentado no primeiro tópico, após o surgimento do bebê John Nash, nos Estados Unidos da América, novos casos foram surgindo. Contudo, um dos médicos do caso, Wagner, defende que se faz necessária a regulamentação e a supervisão das clínicas de fertilização *in vitro* e centros de transplante. A opinião do médico decorre da sua experiência prática. Segundo ele, houveram casos que o deixou desconfortável, como a retirada de embriões já implantados, resultando no questionamento se não deveria haver uma regulamentação.

Tal postura indica a existência de uma completa violação dos direitos fundamentais como a vida, porque o embrião implantado no útero já é um ser humano em desenvolvimento.

³¹⁹ MONTEIRO, op. cit., p. 193-194

Ademais, há diversas questões éticas que estão sendo deixadas de lado, em troca do êxito da geração de um bebê-doador. Dessa forma, a necessidade de discussão e regulamentação dessa nova biotecnológica é essencial.

Em Portugal existe a Lei n. 32/06 de 26 de julho que foi alterada pela Lei n. 59/2017, que trata dos casos de “procriação medicamente assistida”. Dessa forma, as aplicações das técnicas de reprodução assistida são regulamentadas por esse diploma.

Segundo a lei portuguesa, a utilização de tais técnicas só deve ocorrer de forma subsidiária, isso significa, nos casos especificados em lei e não de forma livre pelos indivíduos, de acordo apenas com a sua vontade³²⁰.

Além disso, as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas em mulheres mesmo se não houver o diagnóstico de infertilidade³²¹. Assim, concede uma grande abrangência para a aplicação. Ademais, esse mesmo artigo no ponto 2 declara que a procriação medicamente assistida pode ser utilizada para o “tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”³²². Assim, o caso de geração de um bebê-doador é permitido pela legislação portuguesa, no tocante à seleção de embriões sem doença genética.

Tal dispositivo da lei foi confirmado pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão n° 101/2009. O Acórdão enfrentou primeiro a questão da utilização das biotecnologias em embriões afirmando:

Por outro lado, importa notar que o método de procriação medicamente assistida, neste condicionalismo, incide sobre embriões ainda não implantados, em relação aos quais se não pode aplicar a garantia de protecção da vida humana, enquanto bem constitucionalmente protegido, ou de qualquer dos demais direitos pessoais que se encontram associados, como o direito à integridade física ou o direito à identidade pessoal e genética. E justamente porque não ocorreu ainda a transferência para o útero materno, o embrião submetido a técnicas de PMA, para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º, nem tão pouco beneficia da protecção correspondente à tutela da vida intra-uterina, que, aliás, segundo a jurisprudência constitucional, assenta, ela própria, numa ponderação gradualista que deverá atender às diferentes fases do desenvolvimento do nascituro (cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06, publicado no Diário da República, Série I, de 20 de Novembro de 2006)³²³.

Por meio desse acórdão, compreende como é possível a utilização do diagnóstico pré-implantacional nos embriões, porque estes não estão implantados no útero. Assim, há uma

³²⁰ Art. 4º, ponto 1 Disponível em:< http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_32_2006.pdf> Acesso em: 21 jun 2019.

³²¹ Art. 4º, ponto 3, da Lei 32/06.

³²² Art. 4, ponto 2, da Lei 32/06.

³²³ PORTUGAL. Acórdão n° 101/2009. Tribunal Constitucional. Processo n. 963/06. Diário da República n° 64/2009, série II de 2009-04-01. Disponível em:< <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>>. Acesso em: 19 fev 2019.

separação entre os embriões que devem ser protegidos, os implantados e os que não têm proteção, os não implantados.

A respeito da legalidade da Lei 32/2006, esse mesmo acórdão compreendeu que a lei portuguesa é constitucional, conforme pode-se notar a seguir:

Pode concluir-se, nestes termos, que a solução normativa que se contém na Lei se enquadra num critério de ponderação e harmonização com outros valores constitucionalmente protegidos, sem pôr em causa, de forma evidente, a dignidade das pessoas directamente envolvidas, e assegura, desse modo, em atenção aos objectivos que se pretende atingir, uma protecção adequada do embrião³²⁴.

Nesse aspecto, a Lei prevê a permissão para utilização da fertilização *in vitro* e do diagnóstico genético pré-implantacional. Duas técnicas necessárias para a geração do bebê-doador.

A legislação também prevê quem pode ser submetido aos procedimentos de reprodução assistida. Segundo o artigo 6º da lei, podem ser beneficiários: casais de sexos diferentes ou casais de mulheres, mulheres independentes do estado civil e da orientação sexual³²⁵. Além disso, apenas pessoas maiores de dezoito anos e sem interdição ou sem anomalia psíquica podem recorrer às técnicas³²⁶.

O consentimento informado também se mostra como ferramenta essencial para figurar juntamente com esses procedimentos. Segundo o artigo 14º, os beneficiários devem apresentar o consentimento livre, esclarecido, expresso e por escrito para o médico. Para poder conceder seu consentimento, o beneficiário deve compreender todos os riscos e benefícios das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Além disso a lei portuguesa prevê o objetivo do DGPI:

1 — O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no nº 3 do artigo 7º^{327 328}.

³²⁴ PORTUGAL. Acórdão nº 101/2009. Tribunal Constitucional. Processo n. 963/06. Diário da República nº 64/2009, série II de 2009-04-01. Disponível em: < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>>. Acesso em: 19 fev 2019.

³²⁵ Lei portuguesa, art. 6, ponto 1

³²⁶ art. 6, ponto 2, da lei portuguesa.

³²⁷ Artigo 7º 2 — As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo. 3 — Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

³²⁸ Artigo 28, da lei portuguesa.

A aplicação dessa técnica está restrita para “pessoas provenientes de famílias com alterações genéticas que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência”³²⁹. Diante disso, a legislação concede uma delimitação das pessoas que poderão se submeter à técnica.

A técnica do diagnóstico genético pode ser realizada em centros públicos ou privados, desde que haja autorização prévia pelo Ministério da Saúde³³⁰. Essa autorização é concedida com base nas orientações do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida³³¹.

Quando existe um caso em uma clínica autorizada, o médico deve observar se a situação se enquadra nos requisitos legais para a sua utilização. Os requisitos são: prévio aconselhamento genético, consentimento informado, desejo de selecionar um embrião compatível para o tratamento de doença grave. As doenças graves são estabelecidas em uma lista pelo Conselho Nacional de Procriação.

Sobre esse assunto, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida apresentou o parecer 51/CNECV/07, devendo destacar o seguinte trecho:

A utilização do DGPI para seleccionar embriões dadores de células estaminais com o fim de tratar doença fatal de familiar configura um complexo dilema ético em que se considera poder sobrelevar-se o princípio da solidariedade. A sua resolução supõe a análise ponderada das possibilidades terapêuticas oferecidas pelas tecnologias disponíveis, atende à manifestação da vontade dos progenitores e deve ser sempre sujeita à apreciação positiva, caso a caso, por comissão especializada³³².

No parecer, o Conselho de Ética destaca os conflitos éticos da geração de um bebê-doador; contudo, pondera com o princípio da solidariedade. Assim, é ressaltada a apreciação por uma comissão especializada, o que no caso de Portugal ocorre no Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Em Portugal, além de existir a legislação autorizando o procedimento, o mesmo dispositivo legal criou o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) que dentre suas inúmeras atribuições há a de “deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para seleção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave”³³³.

³²⁹ Artigo 29, 1, da lei portuguesa.

³³⁰ Art. 5º, da lei portuguesa.

³³¹ Art. 30, nº 2, q, da lei portuguesa.

³³² SILVA, Paula Martinho da. Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Parecer sobre “diagnóstico genético pré-implantação”. Abril 2017. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf>. Acesso em: 19 fev 2019. P. 4

³³³ Artigo 30, 2, q, da lei portuguesa.

Frente a isso, os casos de bebês-doadores devem ser analisados e deliberados pelo CNPMA. Sobre isso, o órgão tem a “Deliberação sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação e rastreio/diagnóstico de aneuploidias pré-implantação”³³⁴ que trata das normas técnicas do órgão para o casal que deseja utilizar esse procedimento.

Segundo a deliberação, para ter acesso ao DGPI, o casal precisa realizar uma consulta prévia de aconselhamento genético com um médico especialista em genética médica e assinar um termo de consentimento informado. Ademais, a utilização da técnica pode ser para: caso de risco elevado de transmissão à descendência de doença grave e/ou obtenção de embrião HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave³³⁵.

No caso de doença grave, o CNPMA entende que se trata de doença que cause um sofrimento significativo e/ou morte prematura. Ademais, o uso do DGPI deve ser para os casos nos quais a doença tenha causalidade genética, haja uma relação clara entre o fator genético e a doença, tenha possibilidade de identificar o gene no embrião ou no ovócito, a fiabilidade do diagnóstico seja superior a 90% e o risco de transmissão do gene para os descendentes seja significativamente superior ao verificado na população em geral³³⁶. Todos esses requisitos são cumulativos, logo, apenas com a presença de todos é possível autorizar o procedimento.

Existe uma lista de doenças genéticas que estão pré-autorizadas pelo CNPMA. Essa lista apresentou um aumento expressivo nos últimos anos, tendo passado pela última alteração em julho de 2017. Assim, hoje o total de doenças autorizadas pelo CNPMA é de 61 (sessenta e um)³³⁷.

A respeito da seleção de embrião HLA compatível para efeitos de tratamento de doença, é necessário que não haja tratamentos alternativos eficazes em tempo útil, atestado por escrito pelo médico, além de demonstração de interesse pela seleção³³⁸.

O CNPMA, além de conceder as autorizações para os procedimentos, recebe relatórios anuais dos Centros de Procriação Medicamente Assistida com o número de DGPI realizados, local e resultados³³⁹. Dessa forma, existe um controle em Portugal sobre essa questão.

³³⁴ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Deliberação sobre diagnóstico genético pré-implantação e rastreio/diagnóstico de aneuploidias pré-implantação. Novembro 2017. Disponível em: < http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DGPI NOV2017.pdf >. Acesso em: 19 fev 2019.

³³⁵ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 2017.

³³⁶ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 2017.

³³⁷ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Lista [atualizada em julho de 2017]. Disponível em: < http://www.cnpma.org.pt/Docs/DGPI_Lista_JULHO2017.pdf >. Acesso em: 8 mar 2019.

³³⁸ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 2017.

³³⁹ PORTUGAL. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 2017.

E na Inglaterra a situação é muito semelhante. Conforme tratado anteriormente, a Corte dos Lordes entendeu ser legal a geração de um bebê-doador, assim, houve a confirmação na seara jurídica dessa técnica. No país existe a *Human Fertilisation and Embryology Act*³⁴⁰ que é a lei que tratada sobre a reprodução assistida. A lei é de 1990, mas foi atualizada em 2008. Tal dispositivo autoriza a geração do bebê-doador. Ademais, a lei cria o órgão *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) que é semelhante ao CNPMA de Portugal.

O HFEA trata das questões relacionadas à reprodução assistida, dentre todos os assuntos regulamenta o diagnóstico genético pré-implantacional e a regulação das clínicas que realizam o procedimento. Segundo o órgão, é necessário que o casal faça um pedido de autorização para se submeter à técnica, existe uma lista de doenças já aprovadas para o teste, casos que não constem na lista, a clínica deve realizar um pedido para ser submetido à avaliação³⁴¹.

A lista de doenças autorizadas tem em torno de 400 doenças genéticas que podem ser testadas nos embriões³⁴². Nos últimos anos, essa lista foi se ampliando, havendo hoje esse número tão expressivo.

É interessante observar que no site do HFEA há um aviso que o DGPI não é 100% preciso, logo, há uma pequena chance de os testes não funcionarem ou fornecerem informações erradas³⁴³. Poucos canais informam devidamente que o procedimento não é completamente preciso, assim, mostra-se essencial essa informação para os indivíduos compreenderem devidamente os riscos da técnica.

Além disso, o site informa a porcentagem de sucesso do desenvolvimento do embrião selecionado. Os dados de 2016 indicam que foram realizados 712 ciclos de tratamento. Dentre esses casos, 132 utilizaram embriões frescos, havendo uma taxa de natalidade por embrião transferido de 30%. Já os ciclos utilizando embriões congelados foram de 580, e a taxa de

³⁴⁰ INGLATERRA. **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf>. Acesso em: 30 jul 2019.

³⁴¹ INGLATERRA. Human Fertilisation and Embryology Authority. Pre-implantation genetic diagnosis (PGD). Disponível em: <<https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/pre-implantation-genetic-diagnosis-pgd/>>. Acesso em: 28 mar 2019.

³⁴² INGLATERRA. Human Fertilisation and Embryology Authority. Pre-implantation genetic diagnosis (PGD). Disponível em: <<https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/pre-implantation-genetic-diagnosis-pgd/>>. Acesso em: 28 mar 2019.

³⁴³ INGLATERRA. Human Fertilization and Embryology Authority. Pre-implantation genetic diagnosis (PGD). Disponível em: <<https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/pre-implantation-genetic-diagnosis-pgd/>>. Acesso em: 28 mar 2019.

natalidade por embrião transferido foi de 36%³⁴⁴. Novamente, ressalta-se a importância desses dados para formarem melhor a consciência das pessoas que desejam se submeter a essa técnica.

A situação infelizmente é muito diferente no Brasil. Conforme Juliano Ralo Monteiro já apontou, há a necessidade de o Congresso regulamentar a técnica, segundo ele: “Espera-se que o nascimento de Maria Clara e as esperanças da técnica agora em solo tupiniquim sejam bons motivos para o Congresso Nacional, a exemplo dos países europeus, legislar sobre essa prática de modo que se evitem, no futuro, maiores problemas”³⁴⁵.

Infelizmente, apesar de decorridos anos do primeiro bebê-doador brasileiro, no Brasil ainda não existe nenhuma regulamentação jurídica para tratar sobre o assunto.

Por agora, a regulamentação da geração de um bebê-doador assim como de outros avanços das biotecnologias fica a cargo do Conselho Federal de Medicina. O Conselho regulamenta essas questões por meio de resoluções.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é uma autarquia, cuja função é supervisionar a ética profissional e fiscalizar o exercício da atividade médica, de acordo com a Lei nº 3.268/1957. Por ser uma autarquia, o CFM não tem o poder de legislar; mas para regulamentar a atividade médica, o Conselho tem o poder normativo de estabelecer normas sobre assuntos específicos de sua competência, desde que não sejam contrários a lei³⁴⁶.

Apesar do CFM ter o poder delegado para editar normas, tais normas não terão o peso jurídico, e deverão ser limitadas pela lei e não podendo contrariá-las, em nenhuma hipótese³⁴⁷. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Daniela Braga Paiano, ao analisarem as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, apontam que não são um instrumento de cunho jurídico, mas o Direito utiliza-se de tal dispositivo para corrigir o lapso na ordem jurídica brasileira³⁴⁸.

³⁴⁴ INGLATERRA. Human Fertilization and Embryology Authority. Pre-implantation genetic diagnosis (PGD). Disponível em: < <https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/pre-implantation-genetic-diagnosis-pgd/> > . Acesso em: 28 mar 2019.

³⁴⁵ MONTEIRO, Juliano Ralo. Congresso deve legislar sobre “savior sibling”. Consultor Jurídico. 20 fev 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-fev-20/savior-sibling-brasileiro-motivar-congresso-legislar-tema> > . Acesso em: 5 fev 2019.

³⁴⁶ PITTELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 39, 2002.

³⁴⁷ HIJAZ, Tailine Fátima; CONTI, Paulo Henrique Burg. O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do Conselho Federal de Medicina. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 11, n. 11, 2012, p. 5-6

³⁴⁸ PAIANO, Daniela Braga; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina- principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 60, jan./mar. 2017.

Feita essa breve introdução, deve-se destacar a existência de resoluções do CFM, agem em busca de tentar solucionar a lacuna existente frente aos novos casos de avanços biotecnológicos. Posto isto, é preciso pontuar que os profissionais da saúde não ficam sem dispositivos norteadores para sua atuação. Todavia, alguns avanços apresentam diversos reflexos na sociedade, devendo ser mais debatidos, e tendo em vista os direitos envolvidos, carecem de uma regulamentação jurídica, além de apenas ética.

Sobre a reprodução assistida e mais especificamente os bebês-doadores, existem diversas resoluções que tratam do assunto. Uma das primeiras resoluções do CFM que tratou da reprodução assistida e do diagnóstico genético pré-implantacional foi a Resolução nº 1.358/1992. Nesse documento havia a previsão do DGPI apenas para a detecção de doenças, assim, os embriões eram selecionados com o intuito de não terem o gene causador de uma enfermidade:

- 1- Toda intervenção sobre pré-embrião “in vitro”, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
- 2- Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embrião “in vitro”, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal³⁴⁹.

Não era regulamentada a prática da geração de um bebê-doador. As técnicas de diagnóstico embrionária tinham como única e exclusiva função a detecção da doença, logo, visavam proporcionar uma melhoria de vida para aquele futuro ser humano, não havendo aspirações de salvar um ser humano já existente.

Após essa resolução, houve a Resolução n. 1.957/2010 do CFM, que tratou da mesma forma sobre o diagnóstico pré-implantacional que o documento anterior. A grande mudança sobre essa técnica é que a primeira vez que uma resolução do CFM dispôs sobre bebê-doador foi em 2013, na resolução nº 2.013/2013, em que houve utilização do DGPI para a compatibilidade do sistema HLA e para prevenção das doenças.

³⁴⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Publicada no D.O.U, 19 de novembro de 1992, Seção I. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358#search=%22reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%22>>. Acesso em: 28 mar 2019.

VI- DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ- IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

- 1- As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.
- 2- As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos³⁵⁰.

Um ponto importante a ser visto nessa resolução é a previsão de compatibilidade entre os irmãos para transplante de células-tronco e de órgãos. Segundo a Lei de Transplante, apenas pessoas capazes podem doar seus órgãos, dessa forma, o disposto na resolução encontra-se contrário à legislação brasileira vigente. Ademais, a ampliação da geração de um bebê-doador para ser um doador de órgão gera uma polêmica ainda maior por coisificar esse ser vivo.

Posteriormente, em 2015, houve a resolução 2.121/2015 que revogou a resolução anterior. Felizmente, o disposto em 2015 corrige o grande equívoco de 2013, e trata apenas do transplante de células-tronco entre indivíduos menores de idade. Dessa forma, a disposição de órgãos manteve-se vetada por dispositivo legal.

Ademais, trata de forma pioneira sobre a destinação dos embriões excedentários da técnica de seleção embrionária. As antigas resoluções não enfrentaram essa questão. Assim, foi previsto:

VI -DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1-As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças –podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

Então, a solução encontrada pelo órgão médico foi o descarte ou a pesquisa desses embriões. Ambas as soluções apresentam questionamentos éticos consideráveis, todavia, são importantes para solucionar a questão da destinação desses embriões.

A atual resolução que trata sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (RA) é a Resolução nº 2.168/2017. Segundo o dispositivo, as técnicas de RA podem ser utilizadas “desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou possível descendente”³⁵¹. A resolução destaca a obrigatoriedade do termo de consentimento livre e esclarecido para todos os pacientes dessa técnica, devendo detalhar os aspectos médicos do procedimento.

³⁵⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.013/2013**. Publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, seção I. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013#search=%22reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%22>>. Acesso em: 28 mar 2019.

³⁵¹ Título I, número 3

Um ponto importantíssimo da Resolução é a proibição da utilização das técnicas de RA para a escolha de sexo ou qualquer outra característica biológica do filho. Todavia, é apresentada a exceção para o caso necessário de escolha do cromossomo que indica o sexo para evitar doença para os descendentes³⁵². Essa vedação é muito importante porque barra a seleção de embriões com intuito mais estético e sexual, mantendo a diversidade biológica.

No tocante ao diagnóstico genético pré-implantacional, o Título VI, número 1 regulamenta a questão afirmando que:

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico³⁵³.

Especificamente sobre os bebês-doadores, a Resolução não utiliza esse termo, contudo no seu texto fica clara a possibilidade de geração desses bebês:

2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente³⁵⁴.

É permitido que os pais selecionem embriões para que se tornem doadores para uma pessoa mais velha que tem uma doença cujo tratamento é por meio do transplante de células-tronco.

A permissão de doação de células tronco encontra amparo legal na Lei de Transplantes, Lei nº 9.434/1997. Segundo o artigo 9º, parágrafo sexto da lei³⁵⁵, a pessoa incapaz pode doar células-tronco, desde que tenha compatibilidade imunológica comprovada, e tenha consentimento dos pais ou responsáveis legais e autorização judicial, além disso, a

³⁵² Título I, numero 5

³⁵³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Publicada no D.O.U de 10 de nov 2017, seção I. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=%22reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%22>>. Acesso em: 28 mar 2019.

³⁵⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Publicada no D.O.U de 10 de nov 2017, seção I. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=%22reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%22>>. Acesso em: 28 mar 2019.

³⁵⁵ § 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

doação não pode causar risco a saúde do doador. A lei veda a possibilidade de outros tipos de doações por pessoas incapazes³⁵⁶, havendo apenas a exceção para o caso de células tronco.

A doação de células tronco tendo como doador uma pessoa incapaz é legal, logo, a resolução não contraria nenhuma lei existente no Brasil. Contudo, ressalta-se que não é possível que a resolução ou um médico realize a doação de órgão em vida tendo por doador um menor de idade, por ferir uma norma constitucional. Isso significa que no Brasil a geração de um bebê-doador deve ficar restrita à doação de medula, não cabendo no cenário atual a especulação sobre demais doações envolvendo um menor de dezoito anos como doador.

Frente ao exposto, pode-se perceber que no Brasil há uma ausência legislativa e fiscalizatória sobre os casos de bebês-doadores. Assim, fica a cargo das clínicas privadas e dos médicos realizarem os procedimentos, de acordo com as diretrizes do Conselho Federal Medicina. Não existe nenhuma forma de controle do número de procedimentos realizados nem das condições em que ocorreram. Isso faz que haja um completo desconhecimento por parte dos cidadãos de como essas técnicas estão sendo aplicadas.

Nesse contexto, deve-se destacar que 2012 o jornal “O Globo”³⁵⁷ divulgou uma matéria afirmando que mais da metade das clínicas de reprodução assistida estavam irregulares no Brasil. Tal fato decorria da ausência de atuação por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e do Conselho Federal de Medicina na fiscalização. Felizmente, após o ocorrido, a ANVISA editou normas mais rígidas para as clínicas e emitiu um relatório mais detalhado sobre os procedimentos envolvendo embriões. Contudo, o caso dos bebês-doadores ainda não está expresso no relatório, não havendo dados sobre essas gestações. Nesse aspecto, o Conselho Federal de Medicina poderia ter tutelado, por meio de resolução, a exigência que as clínicas informassem quando o procedimento fosse realizado, assim como ocorre em outros países, entretanto infelizmente não o fez.

Não se pode esquecer que, em países nos quais há uma devida fiscalização, houve a não autorização da geração desses indivíduos por compreender que a situação não estava adequada aos requisitos exigidos. No Brasil, nem é possível afirmar que a geração de um bebê-doador está seguindo os parâmetros adequados pelo conselho, frente à ausência de informação. Dessa forma, é importantíssimo que haja uma mudança no cenário brasileiro,

³⁵⁶ Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

³⁵⁷ O GLOBO. **Mais da metade das clínicas de reprodução assistida está irregular**. Publicado em 04/08/2012. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/mais-da-metade-das-clinicas-de-reproducao-esta-irregular-5694664>>. Acesso em: 29 jul 2019.

com a devida regulamentação jurídica e exigência de fiscalização para que os direitos humanos sejam preservados.

Nesse tópico pode-se observar como três países abordam a questão do bebê-doador. Com o intuito de promover uma maior organização sobre o assunto, deve-se observar o quadro abaixo com as principais características dos três modelos:

Quadro comparativos dos modelos envolvendo bebês-doadores

	Inglaterra	Portugal	Brasil
Regulamentação	Lei- Human Fertilisation and Embryology Act de 1990 (atualizada em 2008). Regulamentação técnica – disposições do Human Fertilisation and Embryology Authority.	Lei - Lei 32/2006. Regulamentação técnica – disposição do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.	Lei – não existe. Regulamentação técnica - Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.
Órgão específico de fiscalização e acompanhamento	Human Fertilisation and Embryology Authority	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida	Não existe.
Exigência de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido	Sim	Sim	Procedimentos de reprodução assistida devem ter o termo.
Requisitos para a geração de um bebê-doador	a) Existência de um filho com doença que necessita exatamente do transplante de células-tronco. b) Não há outra pessoa compatível	a) Consulta prévia com médico especialista em genética médica. b) Assinatura de um termo de consentimento livre e esclarecido. c) caso de risco elevado de	Seleção de embrião HLA-compatível com algum irmão que tenha doença que necessite para o tratamento de transplante de células-tronco.

	para a doação. c) Não há outro tratamento disponível. d) A doença é genética e a família quer garantir que o futuro filho não tenha a doença.	transmissão à descendência de doença grave e/ou obtenção de embrião HLA compatível para tratamento de doença grave.	
Doenças	Liste de doenças pré-autorizadas pelo HFEA.	Lista de doenças pré-autorizadas pelo CNPMA. Doença grave é aquela que cause um sofrimento significativo e/ou morte prematura. Doença deve ser genética.	Não são especificadas.
Compatibilidade HLA	Bebê-doador será gerado para casos de necessidade de transplante de células-tronco.	Desde que não haja tratamentos alternativos eficazes em tempo hábil.	Deve ser compatível para doar as células-tronco para irmão

Diante disso, pode-se observar melhor como os três países tratam da questão do bebê-doador. Infelizmente, no contexto brasileiro falta requisitos mais específicos para essas gestações, como ocorre na Inglaterra e em Portugal.

3.4 UMA SOCIEDADE REPUBLICANA SOLUCIONARIA?

Faz-se necessário, em um primeiro momento, observar as palavras de Luiz Edson Fachin sobre a ética e as biotecnologias:

Não há neutralidade na ética nem na biotecnologia, governada, de um lado, pela lógica do conhecimento e do poder, a qual está seguramente associada à lógica do lucro; de outra parte, a lógica do desejo e da livre busca da felicidade. Oscilam dois compromissos pouco sutis: o da lógica da liberdade individual e o da utilidade, marcados pelo avanço na área da medicina, na pesquisa, na competição laboratorial internacional, nos interesses econômicos das empresas de saúde³⁵⁸.

Frente a essa realidade de dois grupos de poder tentando obter o controle da ciência de acordo com seu interesse, é muito importante tratar das discussões ética-filosóficas do assunto, tecendo as devidas críticas, mas tendo como intuito uma reflexão mais aprofundada do assunto.

Então, ao tratar de bebê-doador, está-se automaticamente discutindo sobre uma aplicação da eugenia. O termo eugenia surgiu pela primeira vez por Francis Galton na obra *Inquires into Human Faculty and its Development*³⁵⁹. Então, a eugenia surge como a pretensão de ser a ciência da melhoria da linhagem humana³⁶⁰.

Por meio da eugenia, busca-se melhorar a espécie humana, devendo haver, segundo seus apoiadores, a perpetuação de genes que sejam bons para a humanidade, assim, pessoas com aspectos ou qualidades considerados “superiores” ou “melhores” por esse grupo, deveriam ter filhos entre si, para que no futuro houvesse uma grande geração apenas com tais genes³⁶¹.

Essas ideias encontraram um campo fértil nos Estados Unidos da América, onde diversos estados editaram normas de esterilização compulsória de pessoas com deficiência mental, justamente para haver início do processo de eugenia. Tendo como base essas legislações, Adolf Hitler³⁶² criou a legislação alemã e adotou a ideia de “superioridade da raça ariana”, com o decorrer do tempo o ditador alemão promoveu um grande genocídio com o intuito de atingir seus ideais de raça.

Em decorrência da grande repercussão das atrocidades cometidas durante a ditadura alemã, em nome da eugenia, essa ciência sofreu grandes críticas no período. No próprio Estados Unidos da América, os estados que editaram leis de esterilização compulsória retiraram essa coerção e seus governantes se desculparam com as jovens que foram esterilizadas. Então, durante algum período a eugenia perdeu um pouco a sua força e apoio.

³⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 252-253

³⁵⁹ MALANDA, Sergio Romeo. A incidência da genética no direito (humano) ao matrimônio. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 349

³⁶⁰ Idem, ibidem, 2004, p. 349

³⁶¹ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

³⁶² SANDEL, op. cit.

Todavia, hoje existem novas descobertas sobre genética, como o mapeamento do genoma humano, possibilidade de diagnóstico genético pré-implantacional, entre outros. Frente a essa nova realidade, a eugenia passou a ganhar novas forças sendo chamada de eugenia liberal ou neo-eugenia³⁶³, buscando combinar as novas técnicas genéticas com o melhoramento da espécie humana.

Assim, existem pessoas que defendem as técnicas de manipulação genética e outras as abominam, sobre isso devem observar autores das duas posições.

Na obra “O futuro da natureza humana”³⁶⁴ Jürgen Habermas discute a questão da eugenia. Segundo o autor, se analisar de forma isolada, o fato dos pais escolherem os genes de seus filhos, poderia ser compreendido como algo sem efeitos negativos, todavia ele apresenta, por meio de uma visão futurística e consequencialista, todas as desvantagens da utilização dessa técnica. Primeiramente, aponta a perda da identidade individual da criança, uma vez que haverá a perda da liberdade sobre suas escolhas, tendo sua vida ditada pelas escolhas já pré-definidas pelos pais³⁶⁵.

Sobre isso, Jürgen Habermas³⁶⁶ realiza a comparação com a educação. No campo da educação, a criança será exposta ao conhecimento da forma proposta pelo professor, entretanto com o seu desenvolvimento, ela poderá questionar as informações apresentadas e contestá-las. Já na manipulação genética essa possibilidade é impossível, porque o indivíduo estará restrito as vontades dos genitores.

Nesse aspecto Jürgen Habermas afirma:

As intervenções eugênicas de aperfeiçoamento prejudicam a liberdade ética na medida em que submetem a pessoa em questão a intenções fixadas por terceiros, que ela rejeita, mas que são irreversíveis, impedindo-a de se compreender livremente como o autor único de sua própria vida. Pode ser que seja mais fácil identificar-se com capacidades e aptidões do que com disposições ou até qualidades; porém, para a ressonância psíquica da pessoa em questão, importa apenas a intenção que estava ligada ao propósito da programação. Somente no caso de se evitar males extremos e altamente generalizados é que surgem bons motivos para se aceitar o fato de que o indivíduo afetado concordaria com o objetivo eugênico³⁶⁷.

Concordando com diversos pontos apresentados por Jürgen Habermas, Michael Sandel afirma que a eugenia hoje não vem como uma busca de uma reforma social, mas sim com a busca de pais privilegiados de moldarem seus filhos como desejarem, tendo em vista a

³⁶³ MALANDA, op. cit., p. 349.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004

³⁶⁵ HABERMAS, op. cit., P. 86

³⁶⁶ HABERMAS, op. cit., P. 85-87.

³⁶⁷ HABERMAS, Op. Cit., p. 87-88.

sociedade competitiva de hoje. Ademais, Michael Sandel entende como censurável a eugenia realizada pelos pais, porque se trata de uma atitude de dominação, “que não valoriza o caráter de dádiva das potências e conquistas humanas e desconsidera aquela parcela da liberdade que consiste em uma persistente negociação com aquilo que nos é dado”³⁶⁸. Assim, a liberdade individual da criança é ferida.

Ronald Dworkin também reflete sobre a engenharia genética e seus aspectos éticos e morais. O filósofo é favorável à utilização da fertilização *in vitro* e à seleção embrionária, entendendo como aceito o descarte dos embriões que não forem implantados³⁶⁹.

Sobre os argumentos mais utilizados dos opositores à engenharia genética, Ronald Dworkin os refuta pontuadamente. É interessante observar o raciocínio do autor quanto à distribuição justa das técnicas de engenharia genética. Os opositores das técnicas como o diagnóstico genético pré-implantacional afirmam que tal técnica, ao chegar ao mercado, seria muito cara, ficando restrita aos grupos com maiores poderes econômicos; logo, isso resultaria no aumento da desigualdade, na medida em que pessoas mais ricas poderiam ter filhos geneticamente mais avantajados. Todavia, Ronald Dworkin refuta esse argumento ao considerar que apesar de em um primeiro momento a técnica ser realmente utilizada por um alto custo financeiro, os benefícios para a medicina superariam essa diferença. Isso porque a aplicação da técnica permitiria estudos sobre doenças que hoje são incuráveis e assim trariam melhoria para a vida de todos³⁷⁰. E assim o autor finaliza:

Não devemos, como já disse, procurar aumentar a igualdade novelando por baixo e, como no caso da medicina genética mais ortodoxa, técnicas disponíveis durante algum tempo somente para os muito ricos quase sempre geram descobertas de valor muito mais geral para todos. O remédio para a injustiça é a redistribuição, e não a recusa dos benefícios para alguns sem ganhos correspondentes para os outros³⁷¹.

Nessa passagem, pode-se observar um argumento favorável muito consistente para a realização das técnicas de seleção embrionária. Ademais, deve-se observar que o emprego dessas técnicas permite uma melhoria na vida das pessoas, o que é extremamente humano.

Outro ponto que muitas pessoas contrárias à engenharia genética apresentam é que os cientistas estão “Brincando de Deus” quando realizam essas técnicas. Tradicionalmente as pessoas têm a convicção de que sua origem e seus componentes físicos e genéticos decorrem

³⁶⁸ SANDEL, op. cit., p. 93

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 617-618

³⁷⁰ DWORKIN, Op. Cit., P. 627-628

³⁷¹ Idem, ibidem, 2011, P. 628

da “loteria genética”, isso devido à escolha de Deus ou pela evolução da natureza, de acordo com as convicções pessoais de cada indivíduo. A evolução da engenharia genética rompe com essa verdade interna das pessoas, fazendo que elas, em primeiro momento, de modo defensivo, posicionem-se contrárias a tais mudanças³⁷².

Ao lado disso, as pesquisas genéticas geram discussões e incômodos pelos indivíduos, questionando quais deveriam ser esses limites. Nesse sentido, Ronald Dworkin expressa de forma muito sensata o medo das pessoas:

O terror que muitos de nós sentimos ao pensar na engenharia genética não é um medo do que está errado; pelo contrário, é o medo de perder o pulso sobre o que está errado. Não temos o direito- seria uma grave confusão – de pensar que até as mudanças mais avassaladoras na fronteira entre a sorte e a opção de algum modo desafiem a própria moralidade, de forma que um dia não haverá mais certo ou errado. Todavia temos o direito de estar apreensivos que nossas convicções arraigadas, muitas delas, venham a ser solapadas, que venhamos a sofrer uma espécie de queda-livre moral, que tenhamos de pensar novamente contra um novo pano de fundo e com resultados incertos. Brincar de Deus é brincar de fogo³⁷³.

Para enfrentar esse medo, o autor entende que é necessário confiar no fundo moral crítico que é “um conjunto fundamental de convicções que esperamos possam nos orientar quanto as práticas e os pressupostos morais que considerávamos inabaláveis forem desafiados”³⁷⁴. Diante disso, sua moralidade crítica se fundamenta na importância de qualquer vida humana e na responsabilidade especial de tomar decisões sobre uma vida bem-sucedida³⁷⁵.

Tendo por base esses dois princípios do individualismo ético, Ronald Dworkin mostra-se favorável às técnicas, afirmando que “não há nada de errado na aspiração independente de tornar as vidas das gerações futuras mais longas e repletas de talentos e, por conseguinte, realizações”³⁷⁶.

Data vênia os argumentos do filósofo, deve-se considerar como ocorreu a aplicação dessa técnica pela espécie humana. Por envolver a geração de um novo ser humano, totalmente vulnerável, o julgamento do melhor interesse da criança deve-se ser preponderante para a sua utilização. Infelizmente, observam-se alguns casos de geração de crianças tendo como enfoque interesses egoístas e particulares dos pais, esquecendo-se do que seria o melhor interesse dos filhos.

³⁷² Idem, *ibidem*, 2011, p. 630-635.

³⁷³ DWORKIN, Op. Cit., P. 635.

³⁷⁴ Idem, *ibidem*, 2011., P. 638

³⁷⁵ Idem, *ibidem*, 2011, p.639

³⁷⁶ Idem, *ibidem*, 2011, p. 644

Nesse contexto deve-se citar um caso norte-americano de um casal de mulheres homossexuais surdas que decidiram ter um filho com a mesma deficiência física que elas. O casal buscou doadores no banco de sêmen que fossem surdos, todavia não conseguiram porque os bancos afirmaram que não aceitavam doadores com essa incapacidade justamente para não transmitir o gene para a prole. Então, elas pediram ajuda de um amigo que era surdo e vinha de uma família de cinco gerações de surdos. Esse amigo doou seu sêmen para as mulheres terem seus filhos³⁷⁷.

Em decorrência da doação, elas tiveram dois filhos surdos; contudo o filho mais novo tinha, segundo os médicos, um mínimo de audição residual que, se fosse estimulada, poderia ajudar a criança no futuro a realizar leitura labial. Apesar da possibilidade de um tratamento para melhorar a deficiência do filho, as mães se recusaram a fornecerem qualquer estímulo para ela. Segundo elas, a surdez não é uma deficiência nem uma desvantagem, mas sim uma identidade cultural³⁷⁸.

Outro caso americano que ocorreu após esse narrado acima foi de um anúncio publicado no *Harvard Crimson* e em outros jornais de diversas universidades privadas norte-americanas. No anúncio, um casal infértil estava procurando uma doadora de óvulos com as seguintes características: 1,80 metro de altura, atlética, não ter maiores problemas médicos no histórico familiar e ter tirado 1.400 pontos ou mais na prova do SAT. Essa doadora iria receber US\$ 50 mil pelo seu óvulo³⁷⁹.

O anúncio apresentado acima não causou nenhum debate ético nos EUA, havendo a aceitação pela população. Contudo, a primeira situação causou uma grande polêmica no âmbito ético do país, com muitas pessoas criticando a atitude das mães de por vontade própria gerarem um indivíduo com uma deficiência e não auxiliarem com tratamentos que podem melhorar a sua condição de vida³⁸⁰.

Apesar da divergência da repercussão dos dois casos, notam-se algumas semelhanças. Ambos os casos tratam de seleção de um sêmen com determinadas características para que haja a geração de um indivíduo com traços físicos desejados pelos pais. Assim, entende-se que está havendo uma eugenia, na medida em que há a seleção de determinados caracteres.

Todavia, um ponto crucial nessa questão refere-se aos motivos das escolhas daqueles caracteres. Em ambos os casos, as escolhas foram realizadas de forma arbitrária, segundo as

³⁷⁷ FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Ensaio de Bioética e Direito**. Brasília: Editora Consulex, 2009, p. 54

³⁷⁸ FÉO; VIEIRA, op. cit., 2009, p. 55

³⁷⁹ SANDEL, op. cit.

³⁸⁰ SANDEL, op. cit.

convicções pessoais dos genitores. Fatores como uma enfermidade grave não estavam na balança nesse momento.

De todo modo, fica evidente a manipulação das técnicas médicas com o único intuito de promover as vontades e desejos dos genitores. O princípio do melhor interesse da criança não é ponderado, ficando adstrito a posições inteiramente individuais dos adultos.

Um caso de uma brasileira deve ser citado quando se trata das escolhas de embriões e doadores pelos genitores. A atriz e modelo Karina Bacchi realizou as técnicas de reprodução assistida, utilizando o sêmen de um doador para gerar seu filho. A grande questão sobre esse caso incide sobre escolha do doador. A atriz constatou que os bancos de dados norte-americanos continham um maior número de informações dos doadores do que os bancos brasileiros. Assim, ela optou por ir para os EUA e utilizar o sêmen de um doador daquele país. Uma das características para a escolha do doador, além de características físicas semelhantes a ela, segundo Karina Bacchi, foi “a vibração positiva”. O procedimento teve sucesso e a atriz teve seu primeiro filho por meio dessa técnica³⁸¹.

O ponto crucial nessa história refere-se a uma das características observadas pela atriz, a “vibração positiva”. Tal elemento mostra-se completamente subjetivo, sem nenhuma forma de caracterizá-lo precisamente. Assim, a pessoa escolhe uma característica no seu filho se baseando em uma noção individual sua, sem proporcionar qualquer consideração com relação a esse novo ser vivo que será gerado.

Tais casos ilustram como as atitudes humanas são egoístas, centradas sempre na visão individual, sem qualquer pensamento voltado para o outro. Dessa forma, o indivíduo toma para o outro a sua visão como a certa e a mais adequada, impondo-a a seu descendente, que por se tratar de uma escolha genética, não poderá alterá-la no futuro. Assim, um ser humano adulto está impondo as características que gostaria de ter a outro indivíduo que ainda nem existe, o campo da individualidade vai cada vez mais sendo diminuído.

Essas ações são um reflexo do Estado, um Estado de fato Liberal. O liberalismo pode ser definido como “a esfera do livre agir do indivíduo pela ausência de impedimentos externos indevidos, e norteadas pelo paradigma jurídico dos direitos individuais, que instrumentaliza a cidadania para a defesa desses direitos”³⁸². Assim, percebe-se que o modelo

³⁸¹ BACCHI, Karina. Karina Bacchi conta como foi o processo de inseminação artificial. Programa do Gugu. Dia 03/08/2017. Disponível em: < <https://recordtv.r7.com/programa-do-gugu/videos/karina-bacchi-conta-como-foi-o-processo-de-inseminacao-artificial-13102018>>. Acesso em: 21 jun 2019.

³⁸² RAMOS, Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, (Marília); v.34, n.1, 2011, p. 44-45.

liberal ressalta a proteção aos direitos individuais, não devendo o Estado intervir nas relações privadas.

As leis do Estado liberal destacam como valores a autonomia e a individualidade, marcadas por um Estado neutro³⁸³. Dessa forma, o indivíduo ganha um grande destaque nesse cenário, tendo um poder gigantesco sobre suas ações. Contudo, isso gera como consequências que a “finalidade da vida não é mais a fruição política da cidadania na dimensão pública, mas a autonomia dos sujeitos na esfera privada da sociedade civil”³⁸⁴. Então, nesse modelo, fica evidente que o foco do indivíduo são seus próprios interesses, não havendo a devida atenção para as questões de ordem pública.

Isso é o contrário do modelo republicano. A República apresenta como grande exemplo Atenas na Antiguidade, em que o cidadão se dirigia à Assembleia para realizar seu papel civil³⁸⁵. Esse modelo é orientado pelas “virtudes cívicas da cidadania como valor substancial”³⁸⁶.

Na República existe a valorização da coletividade, uma vez que todo cidadão tem seus deveres cívicos. O cidadão quando age deve sempre pensar no melhor interesse da sua comunidade e não em seus interesses pessoais.

No cenário atual brasileiro, infelizmente, podem-se notar as marcas profundas do modelo liberal, iniciadas pelas influências do Código Napoleônico centrado no aspecto individualista, e transportadas até os dias atuais.

No campo específico das biotecnologias, as pessoas escolhem os genes dos filhos de acordo com suas vontades, esquecendo-se das necessidades e individualidades do ser humano gerado.

No tocante mais específico dos bebês-doadores, nota-se que a seleção apresenta um intuito mais altruístico de auxílio ao próximo, além de que possibilita a geração de uma pessoa sem uma enfermidade grave.

Contudo, no Brasil o que se observa é uma ausência de legislação e de fiscalização, ficando as técnicas centradas no campo da autonomia privada, sem a devida limitação. Dessa forma, é importantíssimo que essa questão seja analisada pelos órgãos competentes a fim de

³⁸³ RAMOS, op. cit., 2011

³⁸⁴ RAMOS, op. cit., 2011, p. 51

³⁸⁵ Sobre Atenas na Antiguidade é preciso pontuar que, apesar de ser um marco para o modelo republicano, não deve se esquecer que o cidadão ateniense que podia exercer seu papel político era o homem livre. Logo, havia uma exclusão de determinados grupos da sociedade da política. Diante do contexto atual de igualdade e de direitos humanos, a república jamais deve selecionar determinado grupo para atuar, devendo ser sempre aberta a todos os indivíduos, independente de qualquer condição física, social ou econômica.

³⁸⁶ RAMOS, op. cit., 2011, p. 45.

conceder uma maior regulamentação ao assunto, tendo sempre como base o melhor interesse das crianças.

Para encerrar esta pesquisa, não se deve esquecer das palavras de Hannah Arendt:

O motivo pelo qual talvez seja prudente duvidar do julgamento político de cientistas enquanto cientistas não é, em primeiro lugar, a sua falta de “caráter”- o fato de não se terem recusado a criar armas atômicas- nem a sua ingenuidade- o fato de não terem compreendido que, uma vez criadas tais armas, eles seriam os últimos a serem consultados quanto ao seu emprego-, mas precisamente o fato de que habitam um mundo no qual as palavras perderam o seu poder. E tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. Haverá talvez verdades que ficam além da linguagem e que podem ser de grande relevância para o homem no singular, isto é, para o homem que, seja o que for, não é um ser político. Mas os homens no plural, isto é, os homens que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos³⁸⁷.

Torna-se relevante se atentar de que os avanços apresentados pelos cientistas nem sempre corresponderem ao esperado por eles, havendo muitas vezes a aplicação de forma diversas e sua expansão além do planejado. Diante desse contexto, é evidente a necessidade de sempre questionar e limitar as novas tecnologias, para que não haja um crescimento desenfreado e capaz de ferir a própria natureza humana.

Então, o problema enfrentado é a geração de um bebê-doador, a pessoa gerada por meio de técnicas médicas para seja doadora para um irmão mais velho. A questão da seleção embrionária e eugenia já foi debatida por alguns filósofos, como demonstrado acima, dividindo opinião. Apesar de ter havido um momento de freio a esse avanço genético, hoje tal movimento voltou a crescer, sendo utilizado para a escolha de um embrião saudável.

Infelizmente no Brasil não há uma regulamentação precisa sobre o assunto, e também há uma carência de debate. Conseqüentemente, há a realização de negócios biojurídicos, tendo por atividades a reprodução assistida e a seleção embrionária, sem um específico amparo jurídico. A justificativa desses negócios está na situação jurídica existencial. Contudo, é importante analisar a ideia de autonomia biojurídica antes de realizar os negócios. Porque apesar da falta de normas específicas, há princípios fundamentais que devem ser observados.

Ademais, o pensamento crítico dos filósofos deve ser visto como uma forma de embasar a discussão, uma vez que eles levantam pontos essenciais para a reflexão e estudo do tema. A grande preocupação reside no fato da geração desses bebês resultar na

³⁸⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo, prefácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9-13.

mercantilização da vida do ser humano. Nesse âmbito, os limites para a aplicação dessa técnica são importantes para apresentarem uma barreira entre o que é aceito pela sociedade e o que é um abuso de direitos.

Seguindo nessa linha de raciocínio, os modelos de disposição estrangeiros são interessantes, a fim de conceder uma base de ideias para a limitação e regulamentação dos bebês-doadores.

3.5 *LEGE FERENDA*

Por meio do exposto nos tópicos anteriores, pode-se realizar uma análise da regulamentação nacional e comparar com a regulamentação em outros países, como Portugal e Inglaterra. Diante da evidente carência de normatização mais adequada a complexidade desses casos, esse tópico vem propor uma legislação a nível nacional com o intuito de abordar de forma mais detalhada esses casos.

Tal dispositivo terá como base os pontos apresentados em demais ordenamentos estrangeiros, com o intuito de complementar o que já há de disposição nacional, e fornecer uma maior regulamentação da questão.

PROJETO DE LEI

Disposição sobre as técnicas de reprodução assistida com finalidade da geração de um bebê-doador e criação a Comissão Técnica de Reproção Assistida³⁸⁸

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a criação da Comissão Técnica de Reprodução Assistida, órgão regulamentar, consultivo e deliberativo do Governo Federal, que atua sobre as técnicas de reprodução assistida.

Art. 2º A presente Lei se aplica as seguintes técnicas³⁸⁹:

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização *in vitro*;
- c) Diagnóstico genético-pré implantacional;

³⁸⁸ A sugestão de criação de um novo órgão para regulamentar essa questão, decorre da necessidade de atuação de mais grupos da sociedade para discutir essas questões. Dessa forma, não seria possível a criação de uma comissão dentro do Conselho Federal de Medicina porque, segundo a disposição no Decreto nº 44.045 de 1958, será apenas formado por médicos, havendo uma exclusão de demais membros da comunidade civil. Ademais, a criação de um órgão para dispor sobre as novas técnicas não é inédita no cenário nacional, a Lei de Biotecnologia criou a Comissão técnica nacional de biossegurança para tratar sobre produtos transgênicos.

³⁸⁹ Seguindo modelo do art. 2º da Lei nº 32/2006 de Portugal.

d) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária.

Art. 3º As técnicas de reprodução assistida devem respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal.

Art. 4º As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas por casais heteroafetivos, homoafetivos ou pessoas solteiras, desde que exista probabilidade de sucesso e não haja risco grave para a saúde do paciente ou do futuro descendente³⁹⁰.

Art. 5º O termo de consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, devendo conter todos os riscos e benefícios dos procedimentos³⁹¹.

§ 1º Nos procedimentos médicos que envolverem menores de dezoito anos com capacidade de discernimento, atestada pelo médico, aquele deverá manifestar o consentimento juntamente com os responsáveis.

Art. 6º As técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica física do futuro indivíduo, exceto para evitar possíveis doenças genéticas³⁹².

Art. 7º O diagnóstico genético pré-implantacional tem como objetivo identificar embrião que não seja portador de doenças genéticas graves, antes de sua transferência para o útero da mulher³⁹³.

Art. 8º O diagnóstico genético pré-implantacional deve ser utilizado apenas para pessoas provenientes de famílias com alterações genéticas que causem morte precoce ou doença grave, e quando exista risco elevado de transmissão para a sua descendência³⁹⁴.

Parágrafo único. É permitida a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional para geração de um indivíduo, denominado de bebê-doador, que será doador de células-tronco para um irmão, desde que respeitados os requisitos da Comissão.

Art. 9º O diagnóstico genético pré-implantacional poderá ser aplicado nos casos que sigam os requisitos apresentados pela Comissão, e desde que o paciente tenha um acompanhamento multidisciplinar, por meio de médico geneticista, psicólogo, que auxiliem na compreensão durante todo o procedimento.

Art. 10º Por meio dessa Lei é criado a Comissão Técnica de Reprodução Assistida, a qual compete se manifestar sobre as questões legais relativas a Reprodução Assistida.

³⁹⁰ Seguindo modelo do número 2 da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

³⁹¹ Seguindo modelo do número 4 da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

³⁹² Seguindo modelo do número 5 da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

³⁹³ Seguindo como modelo o art. 28, número 1 da Lei nº 32/2006 de Portugal.

³⁹⁴ Seguindo como modelo o art. 29º, número 1 da Lei nº 32/2006 Portuguesa.

Art. 11 São atribuições da Comissão Técnica de Reprodução Assistida:

- a) Estabelecer as condições e requisitos para a realização das técnicas de reprodução assistida;
- b) Acompanhar a utilização das técnicas de reprodução assistida, fiscalizando a sua devida aplicação e fornecendo relatórios anuais para a divulgação para a sociedade;
- c) Dar parecer sobre questões técnicas envolvendo reprodução assistida quando for solicitado pelo governo federal;
- d) Prestar informações a sociedade sobre a aplicação das técnicas de reprodução assistida;
- e) Deliberar sobre os casos envolvendo diagnóstico genético pré-implantacional em território nacional;
- f) Apresentar regulamentações sobre a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional;
- g) Apresentar uma lista com os requisitos para a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional e uma lista com doenças já pré autorizadas para a geração de um bebê-doador.

Art. 12 A comissão técnica de reprodução assistida será formada por:

- a) Representante do Conselho Federal de Medicina;
- b) Representante da Ordem dos Advogados do Brasil;
- c) Especialistas de notório saber científico e técnico, em efetivo exercício profissional das seguintes áreas: saúde humana, genética e psicologia;
- d) Representante do Ministério da Ciência e Tecnologia;
- e) Representante do Ministério da Saúde.

Art. 13 A atuação da Comissão Técnica sobre Reprodução Assistida deverá ser multidisciplinar, em decorrência da complexidade do assunto. Poderá a Comissão solicitar participação de outros especialistas e membros da sociedade civil para fornecer parecer, em decorrência da matéria tratada.

CONCLUSÃO

O Direito Civil passou por diversas transformações ao longo da história. No tocante aos negócios jurídicos, a grande mudança resulta na expansão desse instituto. Tradicionalmente, os negócios jurídicos tinham como enfoque questões patrimoniais, podendo citar a exemplo o contrato de compra e venda e de aluguel. Contudo, a sociedade sofreu transformações sociais, econômicas e tecnológicas, resultando em situações jurídicas novas que não eram nem imaginadas pelo legislador pátrio.

Nos últimos anos, percebeu-se a existência de situações jurídicas existenciais, que são acontecimento que surtem efeitos ou atuam sobre aspectos essenciais e íntimos do próprio indivíduo, contrapondo-se às situações jurídicas patrimoniais, cujo valor econômico é o grande determinante.

Como resposta ao aumento da complexidade das relações sociais, graças a sociedade de consumo, avanços tecnológicos, entre outros fatores, as relações entre os particulares não era mais formada por meio exclusivamente das relações jurídicas, mas passam a ser expandir para a figura da situação jurídica. A situação jurídica corresponde a atuação de centros de interesses no quais há a interação entre ônus, faculdades, capacidades, direitos. Logo, o modelo representativo na forma piramidal não é mais o adequado para representar essas novas relações.

Isto posto, há na modernidade situações jurídicas patrimoniais, existenciais e mistas. As situações jurídicas existenciais, que são acontecimento que surtem efeitos ou atuam sobre aspectos essenciais e íntimos do próprio indivíduo, contrapondo-se às situações jurídicas patrimoniais, cujo valor econômico é o grande determinante. Frente a isso, o fator diferenciador desses dois tipos de situações jurídicas é o interesse envolvido, patrimonial, existencial ou ambos.

Naturalmente, assim como ocorreu a expansão na visão de relação jurídica, o instituto do negócio jurídico também passou pelo mesmo processo. No Estado Liberal, os negócios jurídicos detinham um caráter marcadamente patrimonial, como pode-se ser notado nos diversos contratos típicos apresentados nas codificações civis. Contudo, com os avanços tecnológicos e a mudança de paradigma na ordem jurídica transferindo a visão do ter para o ser, os negócios jurídicos passaram a ter como objeto aspectos da existência do ser humano

Na modernidade, passa a existir negócios jurídicos patrimoniais e existenciais. Assim, surgiram os negócios jurídicos existenciais, dentre esses tipos de negócios, deve-se

destacar uma categoria específica, os negócios biojurídicos. Os negócios biojurídicos utilizam as biotecnológicas para atuarem sobre o corpo do ser humano, logo, o objeto desses negócios é o indivíduo.

Dentre os diversos tipos de negócios biojurídicos, existem os negócios envolvendo reprodução assistida e a seleção embrionária. Esses negócios possibilitam a geração de um bebê-doador, problema de análise central deste trabalho.

O termo bebê-medicamento, apesar de ser muito utilizado pela doutrina nacional, não se mostra o mais adequado, tendo em vista a carga pejorativa que carrega. Assim, considerando-se a finalidade da geração daquele novo ser vivo, o termo proposto no trabalho é bebê-doador, porque demonstra uma maior neutralidade sobre o assunto. E dessa forma, possibilita uma discussão mais imparcial sobre os pontos positivos e negativos da criação desse bebê.

O bebê-doador é gerado por meio de técnicas de reprodução assistida juntamente com a seleção embrionária, com a finalidade de nascer uma pessoa compatível para doar as células-tronco para um irmão que está doente. Nesse cenário, existe uma família que têm um filho doente, cujo tratamento ocorre por meio do transplante de células-tronco. Diante das dificuldades de encontrar um doador compatível, os pais optam por terem outro filho que se tornará o doador do irmão, utilizando a técnica para assegurar a compatibilidade.

Pontua-se que no Brasil o nascimento de um bebê-doador é permitido pelo Conselho Federal de Medicina, uma vez que inexistente disposição legal. Não se deve tecer grandes críticas à ausência legislativa sobre o tema, porque é preciso compreender que os avanços biotecnológicos ocorrem de uma forma tão veloz que impedem o acompanhamento adequado por parte do legislador.

Diante desse cenário, é necessário que essas questões sejam debatidas em âmbito acadêmico, jurídico e social para que haja uma reflexão sobre o que fazer e o que não fazer no tocante mais específico do bebê-doador. Neste contexto, o presente trabalho propôs a discussão jurídica e ética da situação, utilizando tanto o contexto nacional quanto o internacional para melhor abordar os casos.

No âmbito filosófico, muitos autores tecem críticas sobre a manipulação genética, por entender que se trata de uma forma nova de eugenia. Naturalmente, deve-se concordar que a utilização indiscriminada, e se baseando em fatores individualistas, a manipulação genética e seleção embrionária correspondem a um processo de banalização da humanidade, devendo ser severamente questionadas.

Todavia, no caso do bebê-doador, a situação é muito diferente, não se está discutindo a

geração de uma pessoa com determinadas características físicas desejadas pelos pais, mas sim uma pessoa sem determinada doença genética e com compatibilidade para doar as células-tronco para um irmão que está doente. Então há uma grande diferença nas situações, o bebê-doador tem um fim altruístico e solidário, não constituindo uma mera seleção genética com fins estéticos. Ademais, o bebê-doador, ao ser selecionado para não ter determinado gene causador de uma enfermidade, propiciará uma melhoria na qualidade de vida da pessoa, evitando assim o seu sofrimento e até a possibilidade de uma morte precoce.

Apesar de o bebê-doador conter pontos mais positivos que os casos clássicos de seleção embrionária, não se deve esquecer que a situação envolve a manipulação da vida de um novo ser humano e a sua submissão a uma doação de células-tronco quando nascer. Então o ponto crucial desse caso recai na autonomia biojurídica, aqui entendida como a autonomia da pessoa para atos envolvendo a sua saúde.

No tocante a autonomia, tal princípio passou por uma grande expansão no direito civil, evoluindo dos conceitos de autonomia da vontade, para autonomia privada e por fim autodeterminação. Além da autonomia no âmbito civil, a Bioética prevê a existência do princípio bioético da autonomia, o qual atua na relação médico paciente. Tendo em vista a ampliação dos negócios jurídicos, e o surgimento dos negócios biojurídicos, a autonomia do campo civil envolveu aspectos da autonomia bioética ao prever a necessidade de consentimento do paciente e o pleno entendimento deste a respeito dos procedimentos médicos.

No que tange a atuação da autonomia sobre atos envolvendo a saúde, o presente trabalho propôs o termo “autonomia biojurídica”. Assim, há uma delimitação dentro de todo o campo da autonomia para tratar especificamente dos casos no âmbito médico, e então promover um melhor diálogo entre o princípio civil e o princípio bioético. Dessa forma, foi essencial o estudo da autonomia para compreender a problemática dos bebês-doadores.

Frente a isso a autonomia resulta em um ponto central da pesquisa, porque é a base de fundamentação para a geração de um bebê-doador. Todavia, a autonomia deve ser limitada pela ordem pública, não podendo existir um campo de atuação de liberdade ilimitada pelos particulares. No caso específico dos bebês-doadores não há limitações expressas em lei, devendo observar princípios constitucionais pertinentes ao assunto para delimitarem o campo de atuação dos particulares.

A complexidade do assunto reside no fato de que se trata de dois seres humanos em desenvolvimento, o irmão que irá receber a doação e o bebê-doador. Frente a isso, a impossibilidade dessas pessoas manifestarem a sua vontade fica condicionada à vontade dos

pais, que irão contratar as técnicas que viabilizarão os procedimentos médicos.

No campo de vista ético, mais focado na bioética, deve-se observar que haverá uma decisão dos genitores em nome do bebê-doador. Frente a isso, o caráter ético da questão residirá nos elementos específicos que a compõem: a existência de uma doença grave, nenhuma outra possibilidade de tratamento efetivo. Dessa forma, haverá o fim altruístico na geração dessa pessoa. No âmbito internacional, percebe-se casos, como o das mães deficientes visuais, nos quais os interesses dos pais se sobrepõem ao melhor interesse da criança. Devendo entender assim que apenas será ético a concepção desses indivíduos quando a finalidade altruística for pura e não houver outra possibilidade de tratamento do filho doente.

Conforme apontado no tópico sobre a autonomia envolvendo incapazes, a forma de julgamento pelos responsáveis da vontade do incapaz que será gerado é falha, uma vez que aspectos internos dos representantes afetam a percepção, além de que a interpretação pode ocorrer de forma equivocada. Como o bebê-doador já é selecionado desde a fase embrionária, nunca houve a sua manifestação de vontade, ocorrendo todo o processo em um ser vivo que não detém a consciência do que está acontecendo. Inexiste no caso a autonomia biojurídica, havendo a formação da autonomia após a maioridade civil desse ser. Então, é impossível afirmar que os procedimentos médicos foram de acordo com a vontade daquele indivíduo, podendo em um futuro haver a discussão jurídica iniciada pelas pessoas que foram concebidas por técnicas de seleção acerca da responsabilização dos pais por aquela intervenção na intimidade genética e física desse novo ser humano.

A normatização brasileira permite a geração de um bebê-doador; contudo, sem impor nenhum limite nem fiscalização. Outros países, como Portugal e Inglaterra, detêm uma regulamentação mais rígida sobre o assunto. Observando diversos casos, nacionais e estrangeiros, além das ponderações realizadas pelos filósofos, percebe-se que a imposição de limites aos casos de bebês-doadores é essencial para que haja o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, pode-se observar como resultado da discussão jurídica que existe, em âmbito internacional, países que já enfrentaram a questão do bebê-doador, havendo a sua regulamentação. No tocante a esse ponto, deve-se destacar as normas da Inglaterra e de Portugal que apesar de autorizar os procedimentos médicos necessários, impõe limitações e requisitos essenciais para a concepção desses indivíduos.

Infelizmente no contexto nacional, não há discussão jurídica a respeito, uma vez que nenhuma legislação jurídica regulamenta a questão. Dessa forma, fica sobre a responsabilidade do Conselho Federal de Medicina abordar o assunto. Tal órgão médico

apenas autoriza a geração desses indivíduos, compreendo que apenas poderá haver a doação de células-tronco. Deve-se destacar que não há, no Brasil, requisitos específicos, como tipo de doença nem acompanhamento da família, que devem ser observados pelos profissionais médicos. Nesse contexto, o trabalho apresenta uma sugestão de *lege ferenda* com o intuito de promover uma disposição jurídica sobre o assunto.

Dessa forma, devem-se apontar algumas sugestões de limites aos profissionais da saúde antes de utilizarem as técnicas de reprodução assistida e seleção embrionária para geração de um bebê-doador:

- a) Criação de um órgão responsável para a fiscalização das novas técnicas de reprodução assistida.
- b) A geração de um bebê-doador apenas para os casos envolvendo doença grave, devendo ser comprovada a impossibilidade de utilização de outro tratamento para o filho mais velho.
- c) Criação de uma lista de doenças já autorizadas para a geração de um bebê-doador e a possibilidade de solicitação de autorização para o órgão médico para doenças que não estejam na lista.
- d) Apresentação de relatórios sobre o número de bebês-doadores gerados e os resultados atingidos, a fim de conceder maior transparência ao assunto.

Os pontos apresentados acima buscam indicar diretrizes para a geração de um bebê-doador, impondo limites que não estão presentes na resolução do Conselho Federal de Medicina. Ressalta-se que esses pontos são sugestões à latente conclusão de necessidade de regulamentação dos casos de bebês-doadores, devendo cada ponto ser melhor desenvolvido por um trabalho conjunto entre Direito, Medicina, Genética, Bioética e sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 12, vol. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf>. Acesso em: 25 out 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8ª ed., rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, vol. II: Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo, prefácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado II: Negócio jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Autonomia do paciente e direito de escolha do tratamento médico sem transfusão de sangue. **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo. Diálogos com a doutrina. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008.

_____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 15

BACCHI, Karina. Karina Bacchi conta como foi o processo de inseminação artificial. **Programa do Gugu**. Dia 03/08/2017. Disponível em: <<https://recordtv.r7.com/programa-do-gugu/videos/karina-bacchi-Conta-como-foi-o-processo-de-inseminacao-artificial-13102018>>. Acesso em: 21 jun 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, 2000, v.8, n. 2. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Direito à Procriação e as Técnicas de Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípio de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BIANCA, C. Massimo. **Derecho Civil**, volume 3: El contrato. Tradutores: Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 150580/DF. Recorrentes: Dimas Pereira e Abrahao e outros. Recorridos: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírío Libanês. Relator: ministro Lázaro Guimarães. Julgamento 2 ago 2018. Publicação 04/09/2018.

CAMPBELL, Juan Colombo. Derecho público y derecho privado: una dicotomia superada en el Sistema contemporáneo. In: TEJOS, Álex Zúñiga (coord.). **Estudios de derecho privado: livro homenagem al jurista René Abeliuk Manasevich**. Santiago: Editoria Juridica de Chile, 2011.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução Humana Assistida e Parentalidade Responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português**. Birigui: Boreal Editora, 2015.

COMITÊ INTERNACIONAL DE BIOÉTICA. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos**. 25 de julho de 1997. Disponível em:< http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm> . Acesso em: 21 junh 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DA REDAÇÃO. Casal brasileiro gera filha selecionada geneticamente para curar a irmã. **Veja**. 15 fev 2012. Disponível em:< <https://veja.abril.com.br/saude/casal-brasileiro-gera-filha-selecionada-geneticamente-para-curar-a-irma/>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. Bebê geneticamente selecionado cura doença da irmã. **Veja**. 19 abr 2013. Disponível em:< <https://veja.abril.com.br/saude/bebe-geneticamente-selecionado-cura-doenca-da-irma/>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: I Introducción, teoria del contrato**. 6ª ed. Editorial Aranzadi, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O estado atual do biodireito**. 5ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOBSON, Roger. “**Savior sibling**” is born after embryo selection in the United States. BMJ Publishing Group. Jun 2003. Disponível em:<
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1151027/>> Acesso em 5 fev 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DYER, Clare. **Creating a baby to save sibling is legal, rule lords**. The Guardian. 29 abr 2005. Disponível em:< <https://www.theguardian.com/uk/2005/apr/29/research.lords>>. Acesso em: 6 fev 2019.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional da Espanha**. Sentencia 53/1985, de 11 de abril. Boe núm. 119, de 18 de maio de 1985. Disponível em:<
<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433>>. Acesso em: 28 maio 2019.

_____. Tribunal Constitucional de Espanha. **Sentencia 154/2002**, de 18 de julho. BOE número 188, de 7 de agosto de 2002. Disponível em:<
<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/4690>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

ESPINOZA, Juan Espinoza. El derecho a la autodeterminación terapéutica en la fase terminal. **Derecho & Sociedad** 34.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho. “Bebê medicamento”: diferenças entre os contextos português e brasileiro. In: FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica; VINCE, Fernando Navarro (Org.). **Educação inclusiva e a dignidade da pessoa humana**. Londrina: Thoth, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Court of Appeals of Kentucky**. Strunk v. Strunk. 445 S.W.2d 145 (1969). 26 de setembro de 1969. Disponível em:<
<https://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/1969/445-s-w-2d-145-1.html>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Ensaio de Bioética e Direito**. Brasília: Editora Consulex, 2009.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares Editora. 1991.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Ed. Rev. de Derecho Privado, 1969.

FRANZONI, Massimo. El debate actual sobre el negocio jurídico en Italia. **Revista Ius Veritas**, nº 48, Julio 2014. ISSN 1995-2929. P. 36- 53.

FRANÇA. **Commune de Morsang-sur-Orge**. 27 de outubro de 1005. Disponível em:< <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>>. Acesso em: 18 jan 2019.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Tradução: Francisco de P. Blasco Gascó, Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo blanch, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contém análise comparativa do Códigos de 1916 e 2002**. 5^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Catarina. Autorizado primeiro “bebê-medicamento” em Portugal. **Público- Saúde**. 30 abr 2015. Disponível em:< <https://www.publico.pt/2015/04/30/sociedade/noticia/autorizado-primeiro-bebe-medicamento-em-portugal-1694062>>. Acesso em: 6 fev 2019.

_____. Recusado novo pedido de um casal para ter “bebê-medicamento”. **Publico**. 25 de mai 2015. Disponível em:< <https://www.publico.pt/2015/05/25/sociedade/noticia/recusado-novo-pedido-de-bebemedicamento-1696533>>. Acesso em: 7 fev 2019.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 1, n. 1, novembro de 2000.

GRACIA, Diego. **Fundamentación y enseñanza de la bioética**. Reimpressão da 2^a ed. Bogotá: Editorial Códice Ltda. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HENDRICKSON, Molly. 17 years later, Nash Family opens up about controversial decision to save dying daughter. **The Dever Channel**. Com. Publicado em 14 nov 2017. Disponível em:< <https://www.thedenverchannel.com/news/local-news/17-years-later-nash-family-opens-up-about-controversial-decision-to-save-dying-daughter>>. Acesso em: 30 jan 2019.

HERVIAS, Rómulo Morales. Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. **Derecho & Sociedad**, volume 28. P. 294- 306.

HIJAZ, Tailine Fátima; CONTI, Paulo Henrique Burg. O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do Conselho Federal de Medicina. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 11, n. 11, 2012,

HINESTROSA, Fernando. Función, limites y cargas de la autonomía privada. **Revista de Derecho Privado**, nº 16, enero-junio de 2014, pp. 5-39.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundamentação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, 2002.

_____. TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.); TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Editora Método. 2008, p.p. 41-80.

INGLATERRA. Human Fertilisation and Embryology Authority. **Pre-implantation genetic diagnosis (PGD)**. Disponível em:< <https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/pre-implantation-genetic-diagnosis-pgd/>> . Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**. Disponível em:< http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf>. Acesso em: 30 jul 2019.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. a. 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: 25 out. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LE MONDE. **Le premier bebe medicament français est né**. 7 fev 2011. Disponível em:< https://www.lemonde.fr/societe/article/2011/02/07/le-premier-bebe-medicament-francais-est-ne_1476586_3224.html>. Acesso em: 5 fev. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial**: um desafio. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1995.

MALANDA, Sergio Romeo. A incidência da genética no direito (humano) ao matrimônio. CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 108, jan/dez 2013.

MARCOTTY, Josephine. ‘Savior sibling’ raises a decade of life-and-death questions. **StarTribune**. 22 set 2010. Disponível em: < <http://www.startribune.com/savior-sibling-raises-a-decade-of-life-and-death-questions/103584799/>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 13, 1997, p. 71-97. Disponível em:< <file:///Users/julianapavao/Downloads/70151-290361-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2018.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**: autonomia privada e situações existenciais. Curitiba: Juruá, 2016. P. 139-156

MARTINEZ, Ángela Vivanco. La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty. **Acta Bioethica**, 2012, ano VIII, nº 2

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agês. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, vol. IX, n. 17, jul-dez, 2011. Disponível em:< <https://www.redalyc.org/pdf/420/42023679005.pdf>>. Acesso em: 5 fev 2019.

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

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. PONA, Éverton Willian (coord.); AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (coord.); MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais** - autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Eficácia 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Bookseller: Campinas.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral. 39. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Congresso deve legislar sobre “savior sibling”. **Consultor Jurídico**. 20 fev 2012. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2012-fev-20/savior-sibling-brasileiro-motivar-congresso-legislar-tema>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

_____. Savior Sibling: Limites ao poder familiar? In: GOZZO, Débora (Coord.) **Informação e Direitos Fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOYANO, Loreto María García; GARCÍA, Begoña Pelliger; TRICAS, Begoña Buil; VELA, Raúl Juárez; PORTILLO, Sandra Guerrero; SOLANAS, Isabel Antón. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. **Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas**. 2016; 36:55-65. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/original3.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

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

NICOLAU, Noemí Lúcia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileiro. **Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, v. 16, 2003.

O GLOBO. **Mais da metade das clínicas de reprodução assistida está irregular**. Publicado em 04/08/2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/mais-da-metade-das-clinicas-de-reproducao-esta-irregular-5694664>>. Acesso em: 29 jul 2019.

OLIVEIRA, Leonardo Vasconcelos Guarino de. **A eugenia Fraternal: uma releitura do instituto do bebê medicamento**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. Orientadora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas. Lisboa, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3990/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20-%20final.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética e Dignidade Humana**. 1ª ed. (4ª triagem). Curitiba: Juruá, 2005.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina- principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 11, jan./mar. 2017.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma Contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 22, n. 2, p. 244-271, jul.2018.

PAVÃO, Juliana Carvalho; PEREIRA, Uiara Vendrame. Diretivas antecipadas de vontade e o direito à continuidade da vida. In: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (Org.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth. p.197-218.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos em direito civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. **Instituições de direito civil**, v. 1. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PITTELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 39, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Libreria Almedina, 1982.

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? - A suficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: autonomia privada e situações existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 21-74.

PONA, Éverton Willian. **Testamento Vital e Autonomia Privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. Enquanto você dormia: fim de vida e o debate sobre o caso Eluana Englaro- O testamento vital faria diferença? In: VEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo (Orgs.) **Bioética e Cinema**. 2 ed. Maringá: Editora Miraluz, 2017. p. 69-90

PORTUGAL. **Acórdão nº 101/2009**. Tribunal Constitucional. Processo n. 963/06. Diário da República nº 64/2009, série II de 2009-04-01. Disponível em:< <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

PORTUGAL. **Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida**. Deliberação sobre diagnóstico genético pré-implantação e rastreio/diagnóstico de aneuploidias pré-implantação. Novembro 2017. Disponível em:< http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DGPI NOV2017.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

PORTUGAL. **Lei n. 12/93**, de 22 de Abril de 1993. Colheita e Transplante de Órgãos. Disponível em:< http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 21 jun 2019.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: Ponte para o futuro**. Tradução Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

ROBERTS, MacKenna. **UK Parliament legislates ‘savior sibling’ treatment**. 27 mai 2008. Disponível em:< https://www.bionews.org.uk/page_90698>. Acesso em: 6 fev. 2019.

RAMOS, Cesar Augusto. Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, (Marília); v.34, n.1, p. 43-66. 2011

RANIERI, Filippo. Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en matéria de negocio jurídico. **Revista de derecho privado**, nº 28, enero-junio de 2015, p. 13 a 43.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 19 maio 2017.

RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**. v. 10. Obbligazioni e contratti. 2ª ed. Torino: UTET, 1995.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos). **Lex Medicinæ**, Ano 7, nº 14 (2010), p. 123. Disponível em:<
https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/32942315/DOC101111.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DQuem_decide_pelos_menores_algumas_notas.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190710%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190710T135714Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=54ce634ab1d8a4b1ed68918288fc1a2452c572f171ae1a85c949245d79d7683a>. Acesso em: 10 jul 2019.

ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios. Porto Alegre: safE, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set., 2004.

ROSELLÓ, Francesc Torralba. Los límites del principio de autonomía. Consideraciones filosóficas y bioéticas. **Ars brevis**, n. 6, 2000.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. Dignidade y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente. *Acta Bioethics* 2011; 17 (1). Disponível em:
<https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/15676/16147> . Acesso em: 28 mar. 2019

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo**: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

_____. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**. Vol. 10, sipl. 2. Recife Dec. 2010.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”- Da bioética ao biodireito** – Temas Polêmicos, legislação atualizada, Projetos de Lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SILVA, Paula Martinho da. **Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida**: Parecer sobre “diagnóstico genético pré-implantação”. Abril 2017. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**. a. 4, n. 1, 2015.

SPERB, Paula. Bebê é gerada para doar medula para a irmã mais velha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 abr. 2015, Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/04/1615282-bebe-e-gerada-para-doar-medula-para-a-irma-mais-velha.shtml>>. Acesso em: 8 maio 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**- Editorial. V. 6- out/dez 2015.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

VIEIRA BOMTEMPO, Tiago. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente¹. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona , n. 26, p. 22-30, sept. 2012 . Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=es&nrm=iso Acesso em: 03 ago. 2018.

ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. E-book. São Paulo: Globo Livros, 2012.