



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

MELISSA MAYUMI SUYAMA FERRARI

**TERAPIA GENÉTICA PREDITIVA E LIBERDADE(S):
APOORTE CRÍTICO PARA UMA RELEITURA DA DIMENSÃO
NEGOCIAL DA EXISTENCIALIDADE HUMANA**

Londrina
2022

MELISSA MAYUMI SUYAMA FERRARI

**TERAPIA GENÉTICA PREDITIVA E LIBERDADE(S):
APOORTE CRÍTICO PARA UMA RELEITURA DA DIMENSÃO
NEGOCIAL DA EXISTENCIALIDADE HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu, Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

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

Londrina
2022

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

Ferrari, Melissa Mayumi Suyama.

Terapia Genética Preditiva e Liberdade(s) : Aporte crítico para uma releitura da dimensão negocial da existencialidade humana / Melissa Mayumi Suyama Ferrari. - Londrina, 2022.
167 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, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Autodeterminação - Tese. 2. Liberdade contratual - Tese. 3. Negócios jurídicos existenciais - Tese. 4. Terapia genética preditiva - Tese. I. Resquetti Tarifa Espolador, Rita de Cássia. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

MELISSA MAYUMI SUYAMA FERRARI

**TERAPIA GENÉTICA PREDITIVA E LIBERDADE(S):
APOORTE CRÍTICO PARA UMA RELEITURA DA DIMENSÃO
NEGOCIAL DA EXISTENCIALIDADE HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu, Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia
Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan
Universidade La Salle

Londrina, 30 de novembro de 2022.

Dedico este trabalho às minhas famílias: a que nasci e a que escolhi...

Durante as fases finais do Mestrado fui acometida pelo tumulto do meu próprio pensamento e me vi aprisionada em uma mente desconhecida.

Por obra do encorajamento Deles, assenti em conhecer essa outra versão de mim e nesse caminho de encontros, recobrei a coragem para retomar meus sonhos e projetos, dentre eles, o encerramento deste ciclo e, a ousadia no planejamento do próximo.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Profa. Dra. **RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR**, a quem tenho a honra de considerar como amiga. Meu eterno e mais sincero agradecimento pela gentileza, leveza e humanidade com as quais me conduziu e me acolheu desde a Graduação até o Mestrado. Nenhuma palavra será suficiente para expressar o tamanho da minha estima e gratidão, sobretudo por me amparar em minhas fragilidades e, ainda assim enxergar força e confiança no meu trabalho. Que nossa parceria, estima e proximidade siga rendendo os mais lindos frutos.

À Profa. Dra. **ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL**, a quem devo a minha paixão pela pesquisa acadêmica. Apesar de nunca ter tido a oportunidade de expressar toda a minha admiração, faço desta a ocasião: em 2015, quando ingressei na Universidade Estadual de Londrina, na brandura dos meus 17 anos, me fascinei pela eloquência, conhecimento e potência com os quais a senhora atuava na Universidade e, desde então, tem sido uma de minhas referências. Tamanha é a felicidade e honra que sinto por encerrar esse ciclo com a participação Daquela que foi tão marcante no meu início.

Ao Prof. Dr. **MARCOS JORGE CATALAN**, a quem estimo grandemente o trabalho e as pesquisas. Minha imensa gratidão pelo gentil aceite em compor a banca examinadora e pelos sorrisos de incentivo com os quais me recepcionou no evento Agendas. Conhecê-lo pessoalmente foi um alegre presente que o mestrado me proporcionou: ser humano de admirável conhecimento e humildade.

Aos meus pais, a quem tomo a liberdade de agradecer de modo independente. À minha mãe, **IARA SUYAMA FERRARI**, minha primeira inspiração na docência, profissional irretocável, mãe exigente, detalhista e zelosa, de quem herdei, certamente, o perfeccionismo e o amor pela escrita... Ao meu pai, **VALDECIR FERRARI**, pela sensibilidade com a qual me conforta, pelo melhor abraço do mundo e por mesmo diante dos meus inúmeros defeitos, me enxergar como a sua pessoa favorita!

Às minhas avós, **JOSEFINA K. Y. SUYAMA** e **DURVALINA R. FERRARI**, as quais mesmo diante das minhas ausências de estudo, me recebem com o maior orgulho, compreensão e amor... Às minhas estrelinhas, **YOSHITO SUYAMA** e **ARMANDO FERRARI**... razão da minha maior saudade... por continuarem zelando por mim da eternidade!

Ao meu namorado, **EDUARDO HENRIQUE BARROSO DA SILVA**, a quem devo um agradecimento especial, por oferecer-se generosamente como minha rede de apoio durante toda a escrita da dissertação. Obrigada por seguir durante esses 11 anos partilhando cada um dos meus sonhos e me incentivando, sobretudo nos momentos em que cogitei desistir...

Aos meus **AMIGOS**, sem os quais experimentar essa vida não faria sentido! Obrigada por escolherem permanecer, especialmente nesses tempos tão volúveis, onde o “partir” se mostra inclinação mais imediata.

Ao Dr. **DEOCLÉCIO ADÃO PAZ** e toda equipe do **ESCRITÓRIO DEOCLÉCIO PAZ ADVOGADOS** por não medirem esforços para que eu conquiste cada um dos meus objetivos profissionais e acadêmicos.

À **UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA**, por ter me acolhido e se feito minha morada, durante esses 8 anos.

À **DEUS**, que em suas mais variadas representações, mantém-se como força superior a quem devo o milagre da vida e do conhecimento. Obrigada por me permitir sentir o seu amor incondicional, mesmo diante das minhas incontáveis falhas... Ainda que tão pequena, me encontro tão grandiosa em sua afeição.

Por fim, com a emoção transcendendo o meu rosto, encerro meus agradecimentos, registrando, seguramente, que esta se constitui a seção mais importante desse estudo, porquanto “não há no mundo exagero mais belo que a gratidão.”

“Sou a favor da evolução da ciência, desde que a evolução da ética siga o mesmo ritmo. De nada adiantará toda a nossa história se formos destruídos pelas nossas próprias invenções.”

William Eduardo Marques

RESUMO

FERRARI, Melissa Mayumi Suyama. **Terapia Genética preditiva e liberdade(s):** aporte crítico para uma releitura da dimensão negocial da existencialidade humana. 2022. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

À vista das implicações fático-jurídicas existenciais manifestadas a partir dos avanços biotecnológicos inseridos na sistemática de um biopoder, as técnicas de ingerência genética surgem no plano concreto privado, e não obstante vinculem-se, inicialmente, a finalidade terapêutica, abrem precedentes para os debates morais e jurídicos no âmbito do melhoramento genético. Faz-se necessário, portanto, a conformação de diretrizes bionegociais que regulamentem o progresso da bioengenharia, partindo da delimitação da ocasião de sua adoção – finalidade curativa e/ou melhoramento –, na direção da definição dos requisitos para sua admissão – harmonia com os substratos da dignidade humana. Ante a essa conjuntura, objetiva-se por meio desse estudo, promover o delineamento pós-moderno da liberdade contratual, à luz de interesses jurídicos bioexistenciais, partindo de juízos críticos e filosóficos a respeito da (i)moralidade dos variados procedimentos genéticos, a depender da corrente filosófica filiada: tomista, transumanista ou bioconservadora. Com efeito, a pesquisa inicia-se por meio de uma releitura sistêmica do negócio jurídico e dos institutos a ele adstritos, perpassando pela compreensão do potencial científico em consonância com as delimitações bioéticas e biojurídicas, para então circunscrever a esfera legítima das atividades biotecnológicas. Assim, justifica-se a presente investigação em razão das transformações experimentadas pelos negócios jurídicos, institutos cujo objeto fora estendido para admitir, também, interesses existenciais, somadas às premências sociais suscitadas pela ciência. Outrossim, como marcos teóricos, vale-se, especialmente, da visão de Pietro Perlingieri acerca do desenvolvimento histórico do negócio jurídico e da situação jurídica subjetiva, ao passo que a concretude da Dignidade da Pessoa Humana é resgatada pelas contribuições de Maria Celina Bodin de Moraes. No tocante às correntes filosóficas para justificação da (i)legitimidade da seleção embrionária, tomam-se por base os escritos de São Tomás de Aquino, Christopher Tollefsen, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Julian Savulescu, Guy Kahane, Jürgen Habermas e Michael Sandel, à medida que a análise acerca do contexto do biopoder, como corolário ao controle estatal a partir da ingerência à vida, dá-se com base nos estudos de Michel Foucault. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais acerca dos negócios jurídicos e das técnicas de manipulação genética, enquanto a metodologia empregada fundamenta-se, preponderantemente, na pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise de obras nacionais e internacionais relacionadas ao Direito Civil-Constitucional, Direito Negocial, Biodireito e Filosofia, bem como em exame de dispositivos da Carta Constitucional, do Código Civil, da Lei de Biossegurança e de resoluções do Conselho Federal de Medicina. Nesse ínterim, mister pontuar que, não obstante promova-se uma decomposição normativa e deontológica, o presente estudo não tenciona fundar-se, irrestritamente, sobre uma perspectiva integralmente dogmática, mas a partir de uma construção filosófica, contribuir para a elaboração de status dogmático. Por fim, depreende-se que a liberdade contratual enquanto função, no domínio relacional e na ótica da manipulação genética, lato sensu, subordina-se ao valor intrínseco da pessoa

humana, enquanto seu conteúdo mínimo legitimador, com vistas a obstar o seu uso quando este implicar em reducionismo genético, seja frente a anseios de aprimoramento, meramente estéticos e/ou para fins de eleição de sexo.

Palavras-chave: autodeterminação; Dignidade da Pessoa Humana; liberdade contratual; negócios jurídicos existenciais; terapia genética preditiva.

ABSTRACT

FERRARI, Melissa Mayumi Suyama Ferrari. **Predictive gene therapy and freedom(s)**: critical contribution to a reinterpretation of the business dimension of human existentiality. 2022. 167 p. Dissertation (Master's Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

In view of the existential factual-legal implications manifested from the biotechnological advances inserted in the systematics of a biopower, the techniques of genetic interference appear in the concrete private plane, and although they are initially linked to the therapeutic purpose, they open precedents for moral and legal debates in the context of genetic improvement. It is therefore necessary to establish biobusiness guidelines that regulate the progress of bioengineering, starting from the delimitation of the occasion of its adoption – curative purpose and/or improvement –, towards the definition of requirements for its admission – harmony with the substrates of human dignity. Given this situation, the aim of this study is to promote the postmodern design of contractual freedom, in the light of bioexisting legal interests, based on critical and philosophical judgments regarding the (im)morality of the various genetic procedures, depending on affiliated philosophical current: Thomist, transhumanist or bioconservative. Indeed, the research begins with a systemic re-reading of the legal business and the institutes attached to it, going through the understanding of the scientific potential in line with bioethical and biolegal delimitations, to then circumscribe the legitimate sphere of biotechnological activities. Thus, the present investigation is justified due to the transformations experienced by legal businesses, institutes whose object had been extended to also admit existential interests, added to the social urgencies raised by science. Furthermore, as theoretical frameworks, it is worth, especially, the vision of Pietro Perlingieri about the historical development of the legal business and the subjective legal situation, while the concreteness of the Dignity of the Human Person is rescued by the contributions of Maria Celina Bodin de Moraes. Regarding the philosophical currents to justify the (il)legitimacy of embryonic selection, it is based on the writings of Saint Thomas Aquinas, Christopher Tollefsen, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Julian Savulescu, Guy Kahane, Jürgen Habermas and Michael Sandel, as the analysis of the context of biopower, as a corollary to state control based on interference with life, is based on the studies of Michel Foucault. For this purpose, the deductive method is used, starting from general premises about legal transactions and genetic manipulation techniques, while the methodology used is based, predominantly, on bibliographical and documental research, through the analysis of national and international works. related to Civil-Constitutional Law, Business Law, Biolaw and Philosophy, as well as examining provisions of the Constitutional Charter, the Civil Code, the Biosafety Law and resolutions of the Federal Council of Medicine. In the meantime, it is necessary to point out that, despite promoting a normative and deontological decomposition, the present study does not intend to be based, unrestrictedly, on a fully dogmatic perspective, but from a philosophical construction, to contribute to the elaboration of dogmatic status. Finally, it appears that contractual freedom as a function, in the relational domain and from the perspective of genetic manipulation, *lato sensu*, is subordinated to the intrinsic value of the human person, as its minimum legitimizing content, with a view to preventing its

use when this implies genetic reductionism, whether in the face of aspirations for improvement, merely aesthetic and/or for gender selection purposes.

Key words: self-determination; Dignity of human person; contractual freedom; existential legal business; predictive gene therapy.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Resumo esquematizado – Relação Jurídica	34
Figura 2 – Ilustração da posição bioconservadora	102
Figura 3 – Ilustração da corrente pró-melhoramento	103

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CFM	Conselho Federal de Medicina
d.C.	Depois de Cristo
DNA	Ácido desoxirribonucléico
FISH	<i>Fluorescence “in situ” hybridization</i>
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
FIV/FIVETE	Fertilização <i>in vitro</i> seguida de transferência embrionária
GIFT	Transferência intratubária de gametas
ICSI	Injeção intracitoplasmática de espermatozoides
ONU	Organização das Nações Unidas
PCR	<i>Polymerase Chain Reaction</i>
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
ZIFT	Transferência intratubária de zigotos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	EXISTENCIALIDADE HUMANA: DIÁLOGO ENTRE A AUTONOMIA E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS	18
2.1	(IN)SUFICIÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO: SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA COMO REPERCUSSÃO JURÍDICA DO FATO CONCRETO	22
2.2	DO SUJEITO À PESSOA: RETROSPECTO HISTÓRICO DO NEGÓCIO JURÍDICO...44	
2.2.1	Liberdade como Função: Modulação Axiológica da Liberdade Contratual à luz do Paradigma Negocial da Pós-modernidade	58
3	TÉCNICAS DE MANIPULAÇÃO GENÉTICA: UM HIATO ENTRE O CIENTIFICAMENTE POSSÍVEL E O ÉTICAMENTE ADMITIDO	67
3.1	“DOCILIZAÇÃO” DOS CORPOS HUMANOS: RIQUEZA ESTRATÉGICA DO BIOPODER E SEU RESPECTIVO JUÍZO CRÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE	71
3.2	DA ZETÉTICA À DOGMÁTICA JURÍDICA: PERCURSO NORMATIVO E AXIOLÓGICO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....	79
3.3	IMPLICAÇÕES CLÍNICAS DAS TÉCNICAS DE ACONSELHAMENTO, DIAGNÓSTICO E TERAPIAS GENÉTICAS.....	91
3.4	SETORIZAÇÃO DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA: DA TERAPIA AO APRIMORAMENTO.....	99
3.4.1	Entre a Deontologia e a Normatividade: Panorama Jurídico das Técnicas de Manipulação Genética.....	103
4	TEORIZAÇÃO DAS INGERÊNCIAS GENÉTICAS TERAPÊUTICAS E “HUMAN ENHANCEMENT”: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEÚDO CONTRATUAL	110
4.1	Entre o “Natural” e o “Artificial”: (Des)Aprovação Moral da Biotecnologia Reprodutiva à Luz da Natureza Humana Tomista	114
4.2	Autonomia e Beneficência Procriativa e a Legitimação Transumanista do Aprimoramento Humano	125
4.3	Validação Pós-Moderna da Bioengenharia: Balizamento do Conteúdo Contratual à Luz do Bioconservadorismo	139
5	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

O homem é, instintivamente, um ser social e, ante a esse inato atributo, a humanidade reveste-se de sociabilidade na constituição de relações intersubjetivas partilhada por seus membros. Nessa lógica, posta a explícita natureza privada desse relacionamento instituído entre os sujeitos, manifesta-se como urgência comunitária revisitar o direito negocial, enquanto mecanismo normativo e regulamentador de tais interesses particulares, especialmente insertos no domínio existencial da pós-modernidade.

De fato, o avançar da ciência e a segurança do direito caminham de modo descontínuo. A condição humana e teleológica conferida ao espaço ocupado pela dignidade no ordenamento atual, vêm alterando a perceptibilidade jurídico-social da medicina e, conseqüentemente seu impacto no contexto social, ao lançar sobre as transformações tecnológicas a prudência com que se deve interpretá-las. Nesta senda, inaugura-se a seguinte problemática: considerando a congruência entre as balizas morais e negociais da seleção embrionária, quais os contornos dados à liberdade contratual no domínio da manipulação genética, na pós-modernidade?

Nesse cenário orientado pelo progresso biotecnológico, alvorece-se o estudo a partir da análise da fenomenologia do direito subjetivo e das intercorrências relacionadas à sua insuficiência diante da nova ordem jurídica despertada a partir da repersonalização do direito privado e da conseqüente emergência da Dignidade da Pessoa Humana como valor fundante da República Federativa do Brasil. Na seqüência, estabelecem-se as diretrizes axiológicas atreladas ao surgimento das chamadas situações jurídicas subjetivas, bem como os substratos fundamentais e principiológicos do negócio jurídico, partindo de um eixo histórico-valorativo adstrito ao conceito de Estado, à luz da concepção multidimensionada de autonomia.

Ato contínuo, partindo da extensão dos negócios biojurídicos, promove-se um recorte metodológico a fim de interpretar a liberdade em sua dimensão negocial, especialmente à luz da ordem jurídica pós-moderna. Identificando como seu conteúdo mínimo relacional a proteção do valor intrínseco do homem, decompõe-se a Dignidade da Pessoa Humana, preenchendo seu núcleo vago por meio de quatro postulados, quais sejam: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade, os quais serão posteriormente utilizados para a delimitação da ocasião da adoção das técnicas genéticas preditivas – células germinativas e/ou somáticas, curativa e/ou

estética –, na direção da definição das condições para a sua admissão.

À vista disso, sucede o exame das bases éticas e jurídicas que se estendem pelo ordenamento afetas à proteção do homem na ordem de sua dignidade, dado os incontidos avanços científicos, perpassando, inicialmente, pela releitura do *Biopoder*, como estrutura típica a datar do Estado Liberal, e pela compreensão principiológica e valorativa da Bioética e do Biodireito. Na sequência, promove-se o retrato dos métodos de reprodução humana assistida e, das correlatas técnicas de manipulação genética: aconselhamento, diagnóstico e terapias gênicas, finalizando a segunda parte da pesquisa, observando as balizas normativas e deontológicas direcionadas à adoção de tais procedimentos, à luz da construção teórica da eugenia.

Na ânsia por conferir uma resposta cientificamente válida ao problema que sustenta o presente estudo, parte-se da justificação axiológica adstrita às correntes naturalista-tomista e transumanista, no intuito de edificar a teorização do próprio entendimento acerca do que se julga moralmente permitido no domínio da engenharia biotecnológica, aproximando-se, nessa lógica, de uma racionalidade bioconservadora. Nesse ínterim, cumpre o ensaio de Jürgen Habermas e Michael Sandel acerca da autocompreensão do indivíduo modificado diante do dilema entre a manipulação e o melhoramento humano, bem como a crítica a respeito do determinismo genético e a proteção das gerações futuras, para ao final, traçar os contornos relacionais da liberdade contratual no âmbito das terapias genéticas preditivas: até onde o direito negocial pode admitir a manipulação genética como seu conteúdo.

Isto posto, como marcos teóricos, vale-se, especialmente, da perspectiva de Pietro Perlingieri acerca do advento da situação jurídica subjetiva e da comutação das formas de Estado, por meio dos paradigmas do negócio jurídico, ao passo que a materialidade da Dignidade da Pessoa Humana é dada pelas contribuições de Maria Celina Bodin de Moraes. No tocante às correntes filosóficas para justificação da (i)moralidade da seleção embrionária, tomam-se por base os escritos de São Tomás de Aquino, Christopher Tollefsen, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Julian Savulescu, Guy Kahane, Jürgen Habermas e Michael Sandel; à medida que a análise acerca do contexto do biopoder, como corolário ao controle estatal a partir da ingerência à vida, dá-se com suporte nos estudos de Michel Foucault.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais acerca dos negócios jurídicos e das técnicas de manipulação genética,

enquanto a metodologia empregada fundamenta-se, preponderantemente, na pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise de obras nacionais e internacionais relacionadas ao Direito Civil-Constitucional, Direito Negocial, Biodireito e Filosofia, bem como em exame de dispositivos da Carta Constitucional, do Código Civil, da Lei de Biossegurança e de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Por derradeiro, insta tecer uma ressalva: não obstante o estudo se proponha a ilustrar o cenário normativo e deontológico contemporaneamente admitido – capítulo III –, não se pretende, por meio da presente pesquisa, ocupar-se de uma perspectiva essencial e genuinamente dogmática, porquanto, o sustento dogmático então posto para elucidar o conteúdo relacional da liberdade contratual é coerentemente construído à luz de uma teorização de natureza ética e filosófica.

2 EXISTENCIALIDADE HUMANA: DIÁLOGO ENTRE A AUTONOMIA E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS

O homem, produto cultural e sujeito político por natureza, arma-se de linguagem e comunicação na construção de relações intersubjetivas que o permitem desenvolver-se individual e coletivamente. Eremítico, o indivíduo em estado de solidão se distancia do progresso, porquanto é na coexistência social que realiza plenamente o desenvolvimento de suas potencialidades.

[...] se um indivíduo separado não é auto-suficiente, permanecerá em relação à cidade como as partes em uma relação ao todo. Quem for incapaz de se associar ou que não sente essa necessidade por causa da sua auto-suficiência, não faz parte de qualquer cidade, e será um bicho ou um deus. É decerto natural a tendência que existe em todos os homens para formar uma comunidade deste gênero, mas quem primeiro estabeleceu foi causa de grandes benefícios. Tal como o homem é o melhor dos animais quando atinge o seu pleno desenvolvimento, do mesmo modo, quando afastado da lei e da justiça, será o pior.¹

Ante a essa inclinação natural de viver em comunidade, a estrutura social passa a exigir diretrizes que conduzam e regulamentem as condutas dos sujeitos, incluindo na dinâmica, a sistemática normativa chamada Direito.² À vista disso, os homens passam a interagirem-se entre si, sob o manto de preceitos e ordens que visam, a grosso modo, preservar a simetria das relações.

Nesse cenário, surgem as embrionárias representações de negócios jurídicos, primordialmente concebidos pelas trocas³ de mercadorias, até o

¹ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição Bilingue. Veja, 1998, p. 55.

² “É nessa luz que considero a experiência jurídica uma ‘*experiência tridimensional de caráter normativo bilateral atributivo*’, com os termos *fato*, *valor* e *norma* indicando os fatores ou momentos de uma realizada em si mesma dialética, como é o mundo do direito [...]. Mister é não olvidar que a compreensão do direito como ‘*fato histórico-cultural*’ implica o conhecimento de que estamos perante uma realidade essencialmente dialética, isto é, que não é concebível senão como *processos*, cujos elementos ou momentos constitutivos são *fato*, *valor* e *norma*, a que dou o nome de ‘*dimensão*’ em sentido, evidentemente, filosófico, e não físico-matemático.”

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

³ “É manifesto que a troca não tem, obviamente, qualquer função na primeira forma de comunidade, i.e., a família, mas apenas quando a comunidade cresce. No primeiro caso, os membros partilham as mesmas coisas; depois, quando vivem separados, continuam a partilhar muitos bens mas trocam outros consoante as necessidades, como ainda hoje fazem os povos bárbaros que recorrem ao sistema de troca, limitando-se a trocar produtos úteis; por exemplo, recebem e trocam vinho por trigo e outras coisas desta espécie.

Esta técnica de troca não é nem contrária à natureza nem tão pouco a qualquer tipo de crematística, mas serve para preencher lacunas na autossuficiência natural. Sendo assim, foi a partir dela que surgiu, logicamente a técnica de adquirir. Com efeito, quando o abastecimento do estrangeiro aumenta progressivamente, devido à importação de bens deficitários e à exportação dos excedentes, o uso da

desenvolvimento do que hodiernamente se compreende por contratos.⁴ Os negócios jurídicos, os interesses juridicamente por eles tutelados, assim como a qualificação da autonomia foram transmutando-se para harmonizarem-se com as exigências sociais, notando-se fases distintas e axiomáticas desde a doutrina civilística clássica-otocentista, fundada em um Estado Liberal de evidentes bases voluntaristas,⁵ perpassando por uma noção moderna, calcada em um Estado Social,⁶ para então alvejar uma visão negocial pós-moderna, fixa no Estado Democrático de Direito e na tutela do patrimônio mínimo.⁷

moeda foi adotado sob a pressão da necessidade. Uma vez que as coisas necessárias às carências naturais não são facilmente transportáveis, os homens instituíram um contrato para cada parte dar e receber algo, qual que, mantendo uma utilidade ínsita, tivesse ainda a vantagem de se manusear facilmente tendo em vista as carências vitais [...]. ”

ARISTÓTELES, 1998, p. 79.

⁴ “No direito romano clássico, por exemplo, não existia nos lermos em que hoje a concebemos — uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações econômicas. Existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da “forma” entendida, não tanto como instrumento legal, mas “como cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso” (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído. Igualmente significativo é o panorama do direito inglês (*common law*) medieval. Também aí, na origem, não existia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações econômicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. ”

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1947, p. 16-17.

⁵ No que toca ao Estado Liberal, nota-se a vigência do que se conhece por paradigma clássico do negócio jurídico, ótica dominada por uma visão liberalista e voluntarista de autonomia. Nessa senda, “com a chegada da burguesia ao poder, da intenção disseminada na sociedade de se fazer prevalecer o direito ao livre desenvolvimento econômico resultou, no campo jurídico, o individualismo extremado, manifestado, outrossim, nos tempos de um voluntarismo que atribuía à vontade individual a função de causa primeira do Direito. ”

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Fragmentos da Autonomia e respeito à Pessoa: um referencial de múltiplas fontes. In: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (org.). **Estudos em Direito Negocial: relações privadas e direitos humanos**. 1.ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 59.

⁶ O paradigma moderno do negócio jurídico é marcado, sobretudo, pelo afastamento da noção abstrata de sujeito, em prol da adoção do conceito concreto de pessoa. “O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir igualdade de todos perante a lei – igualdade representativa, à época de significativo avanço social –, posição que era, no entanto, incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas. Por seu turno, o legislador constituinte teve a pretensão, apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, de querer enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – art. 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social. ”

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 185.

⁷ Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190.

Se a mutabilidade não fosse característica intrínseca da humanidade, o fenômeno jurídico prescindiria de transformações. Contudo, – felizmente – essa não é a realidade partilhada pelo convívio social.⁸ As relações humanas estão em constantes modificações, ao passo que o Direito, enquanto produto histórico e cultural⁹ é compelido a aperfeiçoar-se a fim de regulamentar essas interações.

Sucedo que o Direito não é a única ordenação atributiva considerável das relações sociais, tampouco se concebe isoladamente. Assim como regulamenta as atividades humanas, simultaneamente é influenciado por estas. Nesse ínterim, o advento das novas tecnologias, sobretudo no âmbito da manipulação genética exigiu da sistemática jurídica tradicional uma certa flexibilização, impondo uma releitura de clássicos institutos jurídicos¹⁰ em prol da salvaguarda e normatização desses novos interesses juridicamente relevantes.¹¹

De fato, a sistemática negocial fora originalmente planejada e concebida no domínio hermético das relações jurídicas, visando a proteção de interesses unicamente patrimoniais, estabelecidos na ordem de confluência entre direito subjetivo e relação jurídica. Com a inauguração da via contemporânea, as alterações sofridas pela fenomenologia jurídica e o conseqüente reconhecimento de

⁸ “Se o ser humano não tivesse capacidade para transformar a realidade, se não buscasse tornar a vida mais proveitosa, evitar agruras, proporcionar conforto aos seus, desenvolver-se bailando com a potencialidade que a tecnologia lhe oferece e, com isso, alterasse a forma de interação com os seus semelhantes, o direito, especificamente como produto cultural, prescindiria de aperfeiçoamento. Se conhecidas fossem todas as respostas aos mais profundos questionamentos acerca da essência (da existência do homem e do mundo) e das inúmeras questões postas pela racionalidade humana, qualquer reflexão filosófica faria gala a um discurso desprovido de sentido.”

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: Fundamentos das Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 21.

⁹ Segundo Machado Neto, o direito é objeto cultural “porque criação do homem na convivência social”; criador de cultura “porque submete a inteira extensão do planeta a um sistema de regulamentação jurídica e, possibilitador de cultura porque “sem a relativa margem da segurança que o ordenamento jurídico desenvolve e garante, impossível se faria a normal realização da cultura”.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 158-159.

¹⁰ “Instituto jurídico é o complexo das normas (pode as vezes tratar-se de uma só) que contém a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em sentido abstracto. [...] A relação constitui a matéria ou objeto regulado; o instituto, por seu lado, virá a ser no fim de contas a própria regulamentação ou disciplina jurídica desse objeto, nas normas ou princípio que a integram.”

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica: sujeitos e objeto**. Coimbra: Almedina, 1992a, p. 5.

¹¹ “A dogmática civilística existente ainda está aprisionada à ideia de interpretar todas as situações jurídicas existentes sob o viés patrimonialista e individualista, faltando o desenvolvimento de categorias jurídicas capazes de contemplar as novas situações jurídicas que surgem em razão dos avanços da Biologia, da Medicina e da Biomedicina.”

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; WALLAUER, Rafaela Jardim Soto. A natureza jurídica da doação compartilhada de oócitos em técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 168.

certos bens jurídicos passíveis de proteção diversos daqueles já tutelados, deram azo a novos debates, dentre eles a tutela da pessoa *in concreto*, em detrimento da (in)suficiência da noção abstrata de sujeito, bem como do contratualismo clássico e da autonomia qualificada como privada.

[...] la transición posmoderna¹² implica una concepción posmoderna de la ciencia y del derecho – los dos conductos principales del surgimiento, consolidación y decadencia de la modernidad occidental –. La visión posmoderna de la ciencia y la concepción posmoderna del derecho los conciben como procesos característicamente epistemológicos, teóricos y analíticos. Tienen en común, sin embargo, la exigente tarea de enfrentarse al mismo reto, esto es, concebir las promesas emancipatorias incumplidas de la modernidad más allá de la modernidad misma, de manera que puedan ser redimidas del colapso de la emancipación en la regulación que marca el fin de la modernidad. Puesto que la ciencia y el derecho fueron los principales agentes de este colapso, el papel que les atribuyo en la transición de paradigmas presupone un amplio proceso de “despensar” las concepciones predominantes de la ciencia e del derecho. “Despensar” es igualmente exigente, tanto respecto de las tareas de deconstrucción como de las tareas de reconstrucción.¹³

Feita essas considerações introdutórias, imperioso analisar a fenomenologia do direito subjetivo e a correlata valoração atrelada ao surgimento das chamadas situações jurídicas subjetivas, para na sequência, estabelecer as bases estruturais e principiológicas do negócio jurídico, partindo de um eixo histórico-axiológico vinculado à respectiva ideia de Estado, à luz do polivalente e multidimensionado conceito de autonomia.

¹² Posto esse pensamento, há que se fazer uma ressalva quanto ao pensamento de Boaventura de Souza Santos, no que concerne o termo “pós-modernidade”. Para esse autor, esta não é a melhor das designações, visto que o projeto da modernidade ocidental não é um projeto incompleto, mas um projeto historicamente superado, posto que todas as transições são metade invisíveis e a outra metade, cegas.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociologia jurídica crítica**: para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2009, p. 30.

¹³ Tradução livre: “[...] a transição pós-moderna implica uma concepção pós-moderna de ciência e direito – os dois principais condutores da emergência, consolidação e declínio da modernidade ocidental –. A visão pós-moderna da ciência e a concepção pós-moderna do direito os concebem como processos característicamente epistemológicos, teóricos e analíticos. Têm em comum, porém, a exigente tarefa de enfrentar o mesmo desafio, ou seja, conceber as promessas emancipatórias não cumpridas da modernidade para além da própria modernidade, para que possam ser redimidas do colapso da emancipação na regulação que marca o fim da modernidade. Sendo a ciência e o direito os principais agentes desse colapso, o papel que lhes atribuo na transição paradigmática pressupõe um amplo processo de “despensar” as concepções predominantes de ciência e direito. “Despensar” é igualmente exigente, tanto no que diz respeito às tarefas de desconstrução como às tarefas de reconstrução.”

Ibid., p. 45-46.

2.1 (IN)SUFICIÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO: SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA COMO REPERCUSSÃO JURÍDICA DO FATO CONCRETO

A aparição do direito subjetivo caldeia-se à própria concepção do direito. Originalmente representado pela palavra *ius*, o direito etimologicamente tem sua gênese vinculada ao vocábulo *iustitia*. Assim, desde os primórdios engendraram-se os contornos do direito contíguo a algo bom e justo.¹⁴

A despeito de não definirem os direitos subjetivo e objetivo tal como hoje são postos,¹⁵ tais figuras integravam o convívio diário dos Romanos,¹⁶ ainda que de modo vago e impreciso. Ocorre que, com a decadência da Unidade Imperial de Roma em 476 d.C. e o correlato esfacelamento da aplicação uníssona de seu centralizado corpo de normas, o Direito Romano relegou-se ao desuso, cedendo espaço ao costumeiro Direito dos povos germânicos.¹⁷ Em outras palavras,

El *Corpus Juris Civilis* cayó en desuso con la caída del Imperio romano en Occidente, el derecho romano perdió dinamismo. Los invasores aplicaron versiones del derecho civil romano más rudimentarias, menos refinadas, a los pueblos de la península italiana. Los invasores también trajeron consigo sus propias costumbres legales germánicas [...]. Esto produjo, a lo largo de siglos, lo que llaman todavía los europeos el derecho romano “vulgarizado” o “barbarizado” [...].¹⁸

¹⁴ Tanto se vincula o direito a algo bom e justo que se faz mister ressaltar o brocardo de Ulpiano: “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. ” – Tradução livre: “justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito. ”

DIGESTO DE JUSTINIANO. **Liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de: Hécio Maciel França Madeira. 3.ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, D.1.1.10pr.

¹⁵ Nas palavras de Éverton Willian Pona e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, “[...] afigura-se possível perceber a inexistência, entre os romanos, de qualquer acepção relativamente próxima ao que hoje se denomina direito subjetivo, compreendido como poder atribuído ao indivíduo pelo ordenamento (e por ele limitado) para agir de acordo com sua vontade na defesa de seus interesses. ”

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? – a insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 28.

¹⁶ DONAHUE JUNIOR, Charles. Ius in the subjective sense in Roman law. Reflections on Villey and Tierney. In: MAFFEI, Domenico et.al. **A Ennio Cortese**. Rome: Il Cigno Edizioni, 2001, t.1, p. 506-509.

¹⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 17.

¹⁸ Tradução livre: “O *Corpus Juris Civilis* caiu em desuso com a queda do Império romano no Ocidente, o direito romano perdeu dinamismo. Os invasores aplicaram versões do direito romano mais rudimentares, menos refinadas aos povos da península italiana. Os invasores também trouxeram consigo seus próprios costumes legais germânicos [...]. Isto produziu, no decorrer dos séculos, o que os europeus conhecem por direito romano ‘vulgarizado’ ou ‘barbarizado’.”

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 18-19.

Ao abrigo da Igreja Católica três outras civilizações se firmaram, quais sejam: império bizantino greco-cristão; os povos germânicos e o mundo árabe islâmico.¹⁹ A nova conformação social, política e econômica forjada pela miscelânea de povos romanos e germânicos, amoldava-se basicamente em uma realidade agrária. Precipuamente feudal, as relações interpessoais vinculavam-se à propriedade fundiária.²⁰ Assim, sem mais espaço ao direito positivo escrito, preteriu-se o Direito Romano, na mesma proporção que o poderio da Igreja de Roma aumentava.²¹

Sob a atmosfera canônica que orientava o referido período, mister destacar a concepção escolástica de direito natural de São Tomás de Aquino. Aos seus pensamentos, vindica a ponte de transição entre o direito romano e o que tardar viria a compor o direito subjetivo dos pandectistas. Com efeito, emergem as primeiras sementes das garantias individuais tão quistas na Idade Moderna, não obstante a figura do direito subjetivo tenha se mantido, deveras, tímida.²²

Partindo da doutrina tomista, a justiça associava-se à razão prática, não tendente, portanto, a corrigir um agir cognoscitivo, uma intenção ou um ato puramente reflexivo.²³ Enquanto a própria *práxis*, a justiça tinha como pressuposto lógico de sua existência o direito. Tão logo, o direito compunha-se no objeto da justiça e, desse modo, firmava as bases de sua pré-existência.²⁴

A Justiça (*iustitia*) e o Direito (*ius*) se interrelacionam, sendo que o Direito visa a poder estabelecer de maneira plena a Justiça. Logicamente, não são e não significam o mesmo. Mas o justo natural não pode estar plenamente contido no Direito. O Direito não é a Justiça, virtude moral maior, mas busca a mesma,

¹⁹ CAENEGEM, Raoul C. von. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23.

²⁰ “Os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus encontram-se nas formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da alta Idade Média e nos três grandes poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado: os restos da organização do império romano do ocidente, a igreja romana e a tradição escolar da antiguidade tardia, restos que os novos povos e tribos assentes no antigo corpo do império e no centro da Europa receberam e de que se acabaram por apropriar. Cada um destes elementos trouxe à cultura jurídica europeia e, assim, também à história do direito privado, contributos que a influenciaram ao longo dos tempos. Depois da longa maturação e muitos retrocessos, foi deste processo de apropriação que resultou a ciência jurídica da alta Idade Média.

WIEACKER, 2010, p. 15-16.

²¹ CARNEGEM, op.cit., p. 34-35.

²² PONA; AMARAL, 2016, p. 31-33.

²³ “[...] de maneira metafórica, pode-se dizer que, através da justiça, a razão governa os apetites irascível e concupiscível e que, segundo a justiça, estes obedecem à razão. [...] as ações do homem referente aos outros necessitam de uma especial retificação, não só enquanto são retas da parte de quem as realiza [...]. E por isso é necessária uma virtude especial para tais ações relativas aos outros, como é a justiça.”

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**: tratado de justiça – II. Seção da parte II – Questões. Portugal: Resjurídica, 2002, p. 50-51.

²⁴ GALLEGÓ, Elio A. **Tradicón jurídica y derecho subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1996, p. 40-48.

não sendo o método dedutivo (silogismo) o mais apropriado nesta busca, pois algo que é sinderético só pode ser alcançado através da experiência empírica, e, portanto, através do método indutivo (do particular para o todo).²⁵

O pensamento de São Tomás de Aquino “serviu às necessidades da sociedade do seu tempo ressuscitando o método e as fontes do direito antigo”,²⁶ contudo, como alhures pontuado, apesar de desenvolver a acepção de direito natural, os estudos tomistas quedaram-se silentes no que se refere à noção de direito subjetivo. Nota-se, portanto, uma exiguidade do direito canônico em ofertar possíveis alternativas e respostas a questionamentos latentes que se firmavam à época.²⁷

Foi no campo da escolástica filosófica franciscana que exurgiu os primeiros fundamentos do direito subjetivo. Nascido do pensamento de Guilherme de Ockham, tal instituto teve berço na filosofia nominalista, a qual devotou-se em elidir conceitos universais, em prol de uma abordagem subjetivista.²⁸

Contrária aos universais, a corrente nominalista opôs-se ao realismo aristotélico-tomista, relegando os ditos *conceitos universais* a meras representações linguísticas para a caracterização dos seres e objetos, porquanto “a realidade é essencialmente individual. Os universais são nomes, não uma realidade, nem algo com fundamento na realidade.”²⁹ Desta feita, não se nega o universal enquanto signo verbal de uso convencional tampouco conceito mental, entretanto, a verdade parte da realidade do indivíduo, a única digna de interesse da episteme humana.³⁰

Premido pelo campo da subjetividade, a concepção do direito foi reestruturada a partir do indivíduo e de suas percepções em detrimento de um clássico pensamento jurídico fundado na ordem natural: o que anteriormente era visto como elo com a *res*.³¹ Ao afastar a ideia dos universais e minimizar a realidade à existência dos sujeitos, centralizou-se o direito às prerrogativas desses indivíduos, chamada de vontade.

²⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito** – Universidade de São Paulo, v.93, p. 339-359, jan./1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>. Acesso em: 10 set. 2022, p. 344.

²⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de: Claudia Berliner. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 167.

²⁷ Ibid., p. 138-139.

²⁸ GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 5, p.9-42, jun./2011. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952>. Acesso em: 20 set. 2022, p. 9-16.

²⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: patrística e escolástica**. Tradução de: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, v.2, p. 300.

³⁰ VILLEY, 2009, p. 274.

³¹ PONA; AMARAL, 2016, p. 36.

O ato volitivo se torna extremamente relevante e o querer alinha-se como padrão da moralidade. Por consequência, inviabiliza-se qualquer relação entre a natureza e a correção dos atos humanos (aferidos por meio do direito), pois o critério de legitimidade migrou para a liberdade da manifestação, que para Ockham é preservada pela submissão voluntária às normas positivas provenientes do corpo de legisladores que representa toda a coletividade.³²

Nesse cenário, emerge a figura do direito subjetivo na qualidade de um poder do indivíduo, irrevogável sobre as coisas, um *ius in rem*, e não uma “[...] precária participación en la distribución de las cosas hecha por la norma objetiva del poder, al estilo de la tradición jurídica de la antigüedad.”³³ Assim, pontua-o como um “[...] poder irrevocable del sujeto y no una fracción o parte del conjunto de derecho y cargas distribuidas y sometidas a la arbitrariedad del poder.”³⁴

Sob a qualificação de poder irrevogável do sujeito, o direito subjetivo fortaleceu-se da categoria lógica deôntica de leis permissivas³⁵ segundo Guilherme de Ockham, cujas quais ao não veicularem um comando imperativo, tampouco uma proibição, cederam espaço para a liberdade individual assentada na razão do sujeito.³⁶

Ao longo do período renascentista, a segregação entre o significado subjetivo e objetivo do direito fora decisivo para a construção do conceito de direito subjetivo, a fim de reiterar a independência do sujeito, proclamando a intangibilidade dos direitos adquiridos. Na senda do Renascimento, a escolástica espanhola desferiu relevantes contribuições na configuração do referido conceito, partindo do indivíduo autônomo a cujo serviço se dispõe a sociedade.³⁷ O direito subjetivo passou-se, portanto, a ser sustentado enquanto direito-poder.³⁸

³² PONA; AMARAL, 2016, p. 40.

³³ Tradução livre: “[...] precária participação na distribuição das coisas feita pela norma objetiva do poder, no estilo da tradição jurídica da antiguidade.” GONZÁLEZ, 2011, p. 13.

³⁴ Tradução livre: “[...] irrevogável poder do sujeito e não fração ou parte do conjunto de direitos e ônus distribuídos e sujeito à arbitrariedade do poder.” Ibid., p. 13.

³⁵ “[...] Ockham propõe distinguir-se entre leis preceptivas, caracterizadas estruturalmente pela presença de um imperativo (como o primeiro mandamento católico – amar a Deus sobre todas as coisas); leis interditivas, reconhecidas pela presença de uma evidente proibição (para permanecer na esfera dos mandamentos, tal como o ‘não matarás’); e leis permissivas, nas quais não se encontram preceitos imperativos evidentes ou, por outro lado, qualquer interdição clara.” PONA; AMARAL, op. cit., p. 36.

³⁶ VILLEY, Michel. La gènese du droit subjectif chez Guillaume d’Occam. **Archives Philosophie du Droit**. Paris: PUF, 1964, v.1, p. 124.

³⁷ GONZÁLEZ, 2011, p. 13.

³⁸ BATISTA, Flávio Roberto. O conceito de direito de Francisco Suárez e o surgimento da noção de direito subjetivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.103, p. 711-733, jan./dez. 2008. Disponível em: file:///C:/Users/asus/Downloads/67826-Texto%20do%20artigo-89257-1-

Según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que un obrero tiene derecho al salario, pro razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa. (...) Según la otra etimología he hace derivar *ius* del verbo *iubere*, parece que el *ius* significa propiamente la ley, pues la ley consiste en un mandato o imperio.³⁹

Pero como el término derecho es ambiguo, es preciso hacer distinciones en él para emplearlo únicamente en el sentido que a nosotros nos toca. Derecho a veces significa el poder moral para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación de ella: este es el objeto propio de la justicia, según Santo Tomás. Otras veces derecho significa ley, la cual es la norma del bien obrar, establece cierta igualdad en las cosas y es la razón del derecho mismo entendido en el primer sentido, según dijo Santo Tomás en el citado pasaje: esa razón es la ley misma – como dice allí mismo – y así el derecho coincide con la ley, según observamos en el capítulo II del libro anterior.⁴⁰

Faz-se mister destacar o surgimento, no mesmo período, do que viria a se consolidar como a base da Reforma Protestante. Ante às suas diretrizes epistemológicas-jurídicas calcadas na liberdade de pensamento, provocou-se, nesse instante, um giro no desenvolvimento da noção de direito individual, fundado na tolerância religiosa. Assim, as correntes jusnaturalistas e idealistas dos séculos XVII e XVIII “exaltaron los derechos naturales del hombre, forjando un ordenamiento jurídico con base en el principio de la autonomía de la voluntad.”⁴¹

À medida em que se orientou pela recepção do direito romano na ordem jurídica germânica, a perspectiva epistemológica caminhou para a doutrina racionalista, mais precisamente designada por jusracionalista, segundo a qual, o homem converte-se em “objeto de observação e de conhecimento liberto de

10-20131125.pdf. Acesso em: 21 set. 2022, p. 729.

³⁹ Tradução livre: “Segundo o último e mais estrito significado de *ius*, em toda propriedade *ius* costuma-se chamar o poder moral que cada um tem sobre o seu ou sobre o que lhe é devido; assim se diz que o dono de uma coisa tem direito à coisa e que o trabalhador tem direito ao salário, razão pela qual se diz que é digno de sua recompensa. (...) De acordo com a outra etimologia ele deriva *ius* do verbo *iubere*, parece que o *ius* significa propiamente a lei, uma vez que a lei consiste em um mandato ou império.”

SUARÉZ, Francisco. **Tratado de las leyes y de Dios legislador**. Tradução de: José Ramón Eguillor Muniozguren. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, 11-12, I, II, p. 5-6.

⁴⁰ Tradução livre: “Mas como o termo direito é ambíguo, é necessário fazer distinções nele para usá-lo apenas no sentido que nos diz respeito. Direito às vezes significa o poder moral de adquirir uma coisa ou possuí-la, seja uma propriedade real ou alguma participação nela: este é o objeto próprio da justiça, segundo São Tomás. Outras vezes direito significa lei, que é a norma do bom comportamento, estabelece uma certa igualdade nas coisas e é a razão do próprio direito entendido em primeiro sentido, como dizia São Tomás na passagem citada: essa razão é a própria lei – como diz ali mesmo – e assim a lei coincide com a lei, como observamos no capítulo II do livro anterior.”

Ibid., 180, II, XVII, p.2.

⁴¹ Tradução livre: “exaltaram os direitos naturais do homem, forjando um ordenamento jurídico com base no princípio da autonomia da vontade.”

GONZÁLEZ, 2011, p. 14.

pressuposto, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. ”⁴² Envolto por uma perspectiva antropológica, o sujeito jusracionalista aparta-se da obra divina e eterna, rascunhada à imagem e semelhança do próprio Deus, assentando-se na razão humana.⁴³

À luz dessa doutrina, o direito natural “tornou-se subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume o sentido de vontade subjetiva a absolutamente autônoma”,⁴⁴ logo, partindo dessa concepção naturalista racional, elevou-se o direito subjetivo ao axioma da concepção individualista.

La escuela del Derecho natural racionalista llevó a su máxima expresión la concepción individualista del derecho subjetivo. En ella, los derechos naturales innatos al hombre, que ya admitía la tradición escolástica, se configuran y multiplican en una larga serie de *iura* propios del individuo. Los derechos innatos del hombre se colocan en el centro del sistema jurídico, en cual debe proteger tales derechos subjetivos para poder ser llamado Derecho. Por ello, los ordenamientos catalogan los derechos subjetivos, plasmándolos en las codificaciones y declaraciones de derechos, como elementos primarios a cuya protección y reconocimiento atiente el ordenamiento.⁴⁵

Apesar da vasta contribuição dos jusracionalistas, a esperança depositada nessa escola não perdurou por longo período. Com efeito, ante a uma politização das liberdades, concebeu-se na via moderna o direito subjetivo calcado

⁴² WIEACKER, 2010, p. 288.

⁴³ “O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. [...] Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adotou também a sua ‘construção conceitual.’ Numa teoria que tinha de se comprovar perante o ‘forum’ da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jusracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão de conceitos mais gerais para os mais especiais: uma ‘*demonstratio more geométrico*’, [...]. A jurisprudência dos conceitos do séc. XIX é essencialmente a herdeira deste processo cognitivo galilaico-cartesiano. ”
Ibid., p. 310.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

⁴⁵ Tradução livre: “A escola racionalista do direito natural levou a concepção individualista do direito subjetivo à sua máxima expressão. Nela, os direitos naturais inatos do homem, já admitidos pela tradição escolástica, configuram-se e multiplicam-se numa longa série de *iura* própria do indivíduo. Os direitos inatos do homem são colocados no centro do ordenamento jurídico, no qual tais direitos subjetivos devem ser protegidos para serem chamados de Direito. Por isso, os ordenamentos jurídicos catalogam os direitos subjetivos, captando-os nas codificações e declarações de direitos, como elementos primordiais cuja proteção e reconhecimento o ordenamento jurídico atende. ”
GONZÁLEZ, 2011, p. 14.

em uma perspectiva de direito natural tutelado pela criação do Estado e da norma positiva. Assim, os direitos subjetivos relegam sua origem a um desenho racional e apriorístico do contrato social, alcançando primazia sobre o direito objetivo. Nas palavras de Ramón Soriano,

1.º) en primer lugar, la libertad individual, concebida como un derecho del hombre que vive en sociedad. Es el derecho de obrar y de desarrollarse sin trabas y frente a lo que el Estado nada puede hacer que lo lesione, siéndole únicamente legítimo intervenir cuando así sea necesario para garantizar y proteger la libertad de los demás. El derecho, en todo caso, se concibe desde una perspectiva individualista que implica que el hombre, por naturaleza, es libre y titular de derechos inalienables; que su integración en la sociedad tiene por fin asegurar la protección de esos derechos con la mínima limitación o restricción posible; por ello, el Estado no tiene otro fin que proteger los derechos individuales, pudiendo limitarlos o restringirlos cuando ello sea necesario a tal fin; el Derecho objetivo encuentra su fundamento en la protección de los derechos de cada uno, prohibiendo al Estado su lesión e imponiendo a cada uno la obligación de respeto de los derechos ajenos; 2.º) el segundo elemento fundamental es la autonomía de la voluntad, la personalidad y capacidad jurídicas correspondientes a un sujeto de derechos. La autonomía de la voluntad no es más que un elemento de la libertad, cuyo sujeto o titular sólo pueden ser las personas dotadas de tal voluntad; 3.º) el tercer elemento sería el contrato, como acto jurídico determinante de la relación jurídica entre dos o más sujetos de derechos. Salvo excepción legal, todas las relaciones jurídicas sólo pueden nacer contractualmente. Esto es así, porque toda situación jurídica nueva supone una modificación en la esfera jurídica de los sujetos. Ahora bien, la esfera jurídica de cada persona tiene como soporte y al mismo tiempo medida, la voluntad de esa misma persona, por lo que sólo puede modificarse mediante su propia voluntad; 4.º) el cuarto elemento es consecuencia del anterior: el principio de responsabilidad por culpa, pues todo acto realizado por un sujeto sin derecho para ello, es decir, que exceda de su derecho y actúe de forma culpable provocando un perjuicio a otro sujeto, entraña la obligación para el autor de reparar el daño causado; y 5.º) el último elemento esencial es el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad, ligado a la libertad y la autonomía de la voluntad, que exige el poder de imponer a otro sujeto el respeto de la voluntad del propietario de usar, las cosas que sean objeto de mi propiedad, como le parezca a su titular.⁴⁶

⁴⁶ Tradução livre: “1º) em primeiro lugar, a liberdade individual, concebida como um direito do homem que vive em sociedade. É o direito de agir e desenvolver-se sem obstáculos e contra o qual o Estado não pode fazer nada para prejudicá-lo, sendo legítimo apenas intervir quando necessário para garantir e proteger a liberdade de outrem. O direito, em todo caso, é concebido a partir de uma perspectiva individualista que implica que o homem, por natureza, é livre e titular de direitos inalienáveis; que a sua integração na sociedade visa assegurar a proteção desses direitos com a menor limitação ou restrição possível; portanto, o Estado não tem outra finalidade senão proteger os direitos individuais, podendo limitá-los ou restringi-los quando necessário para esse fim; o direito objetivo encontra seu fundamento na proteção dos direitos de cada um, proibindo o Estado de prejudicá-los e impondo a cada um a obrigação de respeitar os direitos dos outros; 2º) o segundo elemento fundamental é a autonomia da vontade, personalidade e capacidade jurídica correspondente a um sujeito de direito. A autonomia da vontade nada mais é do que um elemento de liberdade, cujo sujeito ou titular só pode ser pessoas dotadas de tal vontade; 3º) o terceiro elemento seria o contrato, como ato jurídico determinante da relação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito. Salvo exceção legal, todas as relações jurídicas só podem nascer contratualmente. Isso porque toda nova situação jurídica supõe uma modificação na esfera jurídica dos sujeitos. Ora, a esfera jurídica de cada pessoa tem como suporte e ao mesmo tempo medida, a vontade dessa mesma pessoa, de modo que só pode ser modificada por vontade própria;

Nesse hiato, estreia-se a era das codificações, momento em que o mundo jurídico fora brindado pelos homéricos *Code de Napoleón* – 1804 – e, seguidamente, pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB – 1900, dando azo, respectivamente à Exegese na França e ao Pandectismo na Alemanha.

Expoente da chamada Escola Psicológica, para Savigny o direito subjetivo refletia o aspecto volitivo, isto é, a vontade do sujeito. Desta feita, tal direito opunha-se à regra jurídica – direito objetivo –, cuja qual encarregava-se por determinar os limites em que esta vontade individual poderia mover-se livremente, possibilitando, concomitante e simultaneamente, o desenvolvimento de todos e a garantia de tal liberdade.⁴⁷ Nessa perspectiva,

[...] considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos parece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos derechos en su sentido subjetivo.⁴⁸

Após a concepção inaugural de Savigny, o pensamento de Bernard Windscheid levou esta posição às suas últimas consequências. Fundamentado no pensamento kantiano, Windscheid entendia que a missão do direito privado se consubstanciava em fixar os limites do domínio da vontade dos indivíduos, mediante mandatos e proibições. Postas tais premissas, o direito subjetivo consistiria “en un querer-permitir que culmina en el poder de la voluntad cedida por el ordenamento jurídico.”⁴⁹

Consoante a negativa da instituição da vontade como objeto do direito

4º) o quarto elemento é consequência do anterior: o princípio da responsabilidade por culpa, pois todo ato praticado por sujeito sem o direito de fazê-lo, ou seja, que ultrapasse seu direito e atue de forma negligente causando dano a outro sujeito, acarreta a obrigação do autor de reparar o dano causado; e 5º) o último elemento essencial é o princípio da inviolabilidade do direito de propriedade, vinculado à liberdade e autonomia da vontade, que exige o poder de impor a outro sujeito o respeito à vontade do proprietário de usar, coisas que são objeto de minha propriedade, como parece ao seu proprietário.” SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del Derecho**. Barcelona, 1986, p. 114-115.

⁴⁷ SAVIGNY, Carl Frederich. **Sistema de derecho romano actual**. Tradução de: Jacinto Mecia e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878, t.1, p. 25.

⁴⁸ Tradução livre: “[...] considerada na vida real, abraçando e penetrando nosso ser por todos os lados, ela nos parece uma potência do indivíduo. Dentro dos limites desse poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. Chamamos tal poder ou faculdade de direito, e alguns direitos em seu sentido subjetivo.”

Ibid., p. 25.

⁴⁹ Tradução livre: “em um querer-permitir que culmina no poder da vontade cedida pelo ordenamento jurídico.”

GONZÁLEZ, 2011, p. 17.

subjetivo, emerge a Teoria do Interesse formulada por Rudolf von Ihering, para o qual o direito subjetivo não existe em prol do voluntarismo abstrato, senão para garantir os interesses da vida juridicamente protegidos.⁵⁰

Sucedem-se que nem todos os interesses tutelados constituem-se direitos subjetivos. Nessa senda, revelam-se as principais críticas desferidas a esta escola. Na tentativa de solver tal impasse, cede-se espaço à Teoria Mista ou Eclética, à qual se filiaram, dentre outros, Rogério Ruggiero, François Geny e Georg Jellinek.

A Teoria Eclética é resultado da fusão das teses voluntaristas e do interesse, afim de pontuar que a ideia do direito subjetivo não existe somente na ordem da concessão de um poder, mas tende também à proteção dos interesses humanos e, nessa ordem, dos bens da vida.⁵¹ Desse modo,

Contrapõem-se tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido. A disputa entre os defensores das duas teorias subtende diversas avaliações e diversas ideologias; nela se espelha a diversidade entre as concepções liberalistas e as primeiras tentativas de entender o direito de um ponto de vista teleológico. A definição corrente salda os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito.⁵²

Em linha de harmonização, no intuito de efetivar determinado interesse jurídico, o direito subjetivo⁵³ atua como poder conferido pela ordem jurídica ao sujeito, permitindo que este exija de outrem determinado comportamento – positivo ou negativo.⁵⁴ Nesse momento, traslada-se o direito da coisa para o sujeito, sem olvidar-se das bases estritamente positivistas. Adere-se, por conseguinte, à acepção

⁵⁰ PONA; AMARAL, 2016, p. 51

⁵¹ GONZÁLEZ, 2011, p. 19-24.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 120.

⁵³ Nessa mesma linha é possível citar a definição de direito subjetivo empregada por Carlos Alberto da Mota Pinto, para o qual “pode-se definir como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos, que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário).”

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 178-179.

⁵⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187.

de direito subjetivo,⁵⁵ o conceito do direito objetivo.⁵⁶

Todo o direito objetivo – e, portanto, também o direito subjectivo – foi criado para satisfazer interesses humanos (*hominum causa omne jus constitutum* – D., 1, 5, 2). Mais precisamente, o direito privado objetivo material surgiu para dirimir conflitos de interesses entre os homens, dizendo qual dos interesses conflitantes deve prevalecer, com sacrifício do outro; ou em que medida cada um deles deve ter a prevalência e em que medida deve ser sacrificado. Por via de regra, a prevalência de um dos interesses é assegurada mediante a concessão dum direito subjectivo.⁵⁷

Enquanto ao direito objetivo ou *normas agendi* competiria a indicação das previsões abstratas do ordenamento, diz-se que ao direito subjetivo cumpriria representar a concretude da norma na esfera de atuação do sujeito, a quem a *facultas agendi* permite atuar de acordo com a sua vontade na materialização de um interesse.⁵⁸

Inadmissível, portanto, seria conceber a figura do direito subjetivo desatrelada de uma *fattispecie* sobre a qual se fundar. Como um acontecimento social e não meramente isolado, o direito subjetivo reproduz essencialmente uma pretensão do sujeito em relação a outro ou outros e, nessa lógica, está destinado a figurar em uma *relação*.⁵⁹

A relação jurídica comporia, nessa perspectiva, o vínculo existente ante a uma relação intersubjetiva juridicizada,⁶⁰ estabelecida entre a posição de *poder* de um sujeito – sujeito de um direito subjetivo – e a correlata posição de *dever* de outro.⁶¹ Tanto o *poder* quanto o *dever* firmam-se sobre as bases de uma sistemática

⁵⁵ “Em nossa opinião, a noção de direito subjectivo deve construir-se sobre a base dos dados legislativos para que possa valer como instrumento de interpretação. Ora, se atendermos a estes dados, devemos concluir pela noção mais lata de direito subjectivo, que corresponde de resto ao nosso conceito tradicional: a lei considera existente um direito subjectivo sempre que é reconhecido diretamente ao *indivíduo* um poder para realização de um interesse seu.”

SANTORO-PASSARELI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de: Manuel de Alarcão. 8.ed. Coimbra: Atlântica, 1967, p.50.

⁵⁶ “Afirma-se que direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo. Por estar fora do homem, o direito objetivo indica-lhe um caminho a seguir, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas.” LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilística**, v.6, n.1, p.1-22, ago./2017, p. 3.

⁵⁷ ANDRADE, 1992a, p. 8.

⁵⁸ PONA; AMARAL, 2016, p. 22.

⁵⁹ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de: Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial REVISTA DE Derecho Privado, 1969, p. 116.

⁶⁰ Sobre a qual a norma jurídica incidiu.

⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, I parte. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

jurídica para a salvaguarda de um interesse, e é precisamente por meio da relação jurídica e da consequente atribuição de um poder da vontade ao sujeito ativo da relação que a este se subordinam os interesses do sujeito passivo.”⁶²

Adentrando-se ao terreno do fenómeno jurídico *in abstracto*, torna-se exequível que uma norma jurídica preveja a hipótese de verificação de um fato social e, ante a essa conformação à hipótese normativa, o referido fato adquira relevância jurídica vindo a ser qualificado como jurídico.⁶³ À vista disso, de um fato jurídico⁶⁴ – fato social normatizado –,⁶⁵ plausível é o surgimento de relações jurídicas, trianguladas por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos fundados na ordem legal.

[...] o facto jurídico constitutivo é na verdade condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica concreta.

Na lei estão prefiguradas em abstracto todas as relações jurídicas. Todas existem na lei como ideia. Mas nenhuma relação concreta, efectiva, real pode existir sem que intervenha um facto jurídico. Por obra do facto jurídico é que a relação jurídica sai do limbo das possibilidades para surgir como realidade concreta, tornando-se de potencial em actual. Nesse sentido se pode dizer que o facto jurídico desempenha aqui o papel de elemento causal.

[...]

De toda maneira, porém, sempre é verdade que nenhuma relação jurídica se pode efetivamente constituir sem que intervenha um facto jurídico idóneo, segundo a lei, para que se produza um tal resultado.⁶⁶

Diante da historicidade do direito, pertinente sinalizar que dentre as subjetivações do fenómeno jurídico, o surgimento da categoria de *sujeito de direito* associa-se inteiramente às convicções da época moderna.⁶⁷ Como quebra de uma conjuntura absolutista, em que os indivíduos se subordinavam ao poderio irrestrito do soberano, o Estado Liberal exulta, concomitantemente ao voluntarismo e individualismo, o valor igualdade, a qual, apesar de formalmente constituída – igualdade perante a lei –, oportuniza o desenvolvimento de uma categoria abstrata e

⁶² SANTORO-PASSARELI, 1967, p. 49.

⁶³ PERLINGIERI, 2007, p. 89-90.

⁶⁴ “São factos jurídicos os que produzem um *evento* jurídico, que pode consistir em particular, na constituição, modificação ou extinção duma relação jurídica.”

SANTORO-PASSARELI, op. cit., p. 79.

⁶⁵ Nos dizeres de Manuel A. Domingues de Andrade, “facto jurídico é todo o facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (*máxime* da vida social) produtivo de efeitos jurídicos, ou – por outras palavras – todo o facto da vida real juridicamente relevante.”

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**: facto jurídico, em especial Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 1992b, v.II, p. 1.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 21-22.

⁶⁷ PONA, 2015, p. 180.

virtual de homem, então detentor da titularidade da posição ativa e/ou passiva em uma relação jurídica de direito material ou formal.⁶⁸

Attraverso la costruzione del soggetto astratto, infatti, era stato possibile liberare formalmente la persona dalle servitù del ceto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disuguaglianza. Muovendo da questo punto di vista, si è opportunamente sottolineato che il soggetto di diritto è una invenzione dello stesso codice della eguaglianza: qual nascere e rimanere liberi ed eguali [...]⁶⁹

A planificação do conceito ideal de sujeito de direito e a respectiva salvaguarda de sua vontade livremente manifestada apresentam-se como relevantes métodos encontrados pelos códigos oitocentistas a fim de eliminar tratamentos dessemelhantes e prerrogativas presentes no contexto político-social absolutista, vez que ao poder público competiria garantir “as regras do jogo e o controle de validade da atividade econômica privada, de modo a possibilitar o livre tráfego das relações jurídicas.”⁷⁰

Ser sujeito de direito trata-se, portanto, de ficção, uma criação da ciência jurídica no intuito de viabilizar “o livre trânsito dos bens de acordo com as vontades autônomas.”⁷¹ Com efeito, enquanto fundamento e pré-condição de todo o direito, subjetividade e personalidade jurídica manifestavam-se como conceitos congêneres, expressando “a idoneidade ou aptidão para receber – para ser centro de imputação deles – efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas).”⁷² Nesse estágio, entendia-se por personalidade jurídica a suscetibilidade genérica do sujeito para adquirir direitos e/ou contrair obrigações, isto é a qualidade

⁶⁸ “Sujeito de direito é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica (= capacidade de direito) e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou dever, de pretensão ou obrigação, de ação ou de situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargantes, oponente, assistente ou, apenas recorrente).

MELLO, 2010, p. 138-139.

⁶⁹ Tradução livre: “Através da construção do sujeito abstrato, de fato, foi possível libertar formalmente a pessoa das servidões da classe, da profissão, da condição econômica, do sexo, que fundava a sociedade da hierarquia, da desigualdade. Partindo deste ponto de vista, foi oportunamente sublinhado que o sujeito de direito é uma invenção do mesmo código de igualdade: o que nascer e permanecer livre e igual [...].”

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 13.

⁷⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 426.

⁷¹ PONA, 2015, p. 181.

⁷² ANDRADE, 1992a, p. 30.

para que o indivíduo figurasse como titular autônomo de uma relação jurídica.⁷³

Por todo exposto, em geral, a relação jurídica clássica pode ser simbolizada mediante a seguinte representação: de um lado, o sujeito de direito ativo, que em razão de seu direito subjetivo previsto em uma *fattispecie* – direito objetivo – exige de outro, então sujeito de direito passivo, a adoção de um determinado comportamento – positivo ou negativo – a fim de assegurar seu interesse juridicamente relevante, sob pena de poder desferir contra a esfera jurídica do sujeito passivo, sanções de várias ordens.⁷⁴

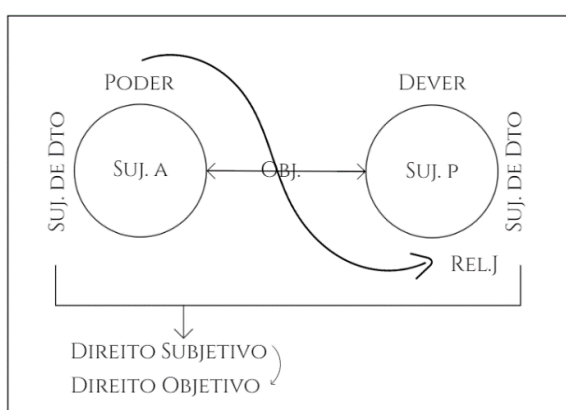


Figura 1: Resumo esquematizado – Relação Jurídica

⁷³ “Sujeito de direitos – ou de obrigações, podendo a significação da palavra ser distendida por forma a abranger as próprias sujeições – é toda a entidade que seja *de facto* sujeito de relações jurídicas (sujeito activo, sujeito passivo ou ambas as coisas). Para designar quem *pode* ser sujeito de relações jurídicas, embora porventura não seja na realidade sujeito de nenhuma, usa-se antes – e é mais rigoroso – o termo *sujeito de direito* ou *sujeito jurídico*. [...] Todo o sujeito de direitos é necessariamente pessoa em sentido jurídico, embora a inversa não seja teoricamente exacta. Por outro lado, sujeito de direito e pessoa em sentido jurídico são de todo a mesma coisa. Ora a personalidade ou subjectividade jurídica vem a ser precisamente a qualidade de pessoa ou sujeito de direito.”

ANDRADE, 1992a, p. 29-30.

⁷⁴ No que tange aos signos empregues para fazer referência ao polo passivo da relação jurídica – muitas vezes utilizados como sinônimos – quais sejam: *dever*, *sujeição*, *obrigação* e *ônus*, faz-se mister expor suas diferentes significações. Preliminarmente, o *dever jurídico* “consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica – o seu não atendimento configura comportamento ilícito.” A *sujeição*, por seu turno não admite a possibilidade de descumprimento e é tida como “expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto é, da parte de quem é comandado; significa necessidade de obedecer.” A *obrigação*, apesar de por vezes ser utilizada na seara das relações jurídicas como termo *lato* a fim de expressar tanto dever quanto sujeição, relaciona-se em sentido estrito às relações obrigacionais. “O termo *obrigação*, pois, como vimos, é em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica. Cumpre neste passo, pois, discernir o seu significado em sentido estrito, quando a palavra *obrigação* passa a constituir o termo próprio de uma classe de relações jurídicas – a obrigacional [...]” Por fim, o termo *ônus* representa uma “condição para a obtenção de uma certa vantagem” e, nesse sentido, diferentemente do *dever*, o seu não-cumprimento não acarreta, “para o sujeito, sanção jurídica, mas tão somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido.”

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v.77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdusp/article/view/66950>. Acesso em: 30 set. 2022, p. 178-181.

Como visto, a tríade *sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica* não surgiu enquanto concepção neutra, mas fora balizada dentro de um viés liberal, de claras bases individualistas, abstratas e voluntaristas, pensadas para a tutela de direitos exclusivamente de ordem patrimonial. Conforma-se, assim, que o triângulo da modernidade jurídica teve como principal feito a criação de categorias ideias e conceituais, forjadas em um contexto de resistência ao absolutismo e emergência burguesa.

Com a repersonalização do direito privado, contudo, elevou-se a necessidade de proteção da pessoa *in concreto*, em detrimento da tutela jurídica alcançada com o abstracionismo de outrora. A noção formal de sujeito que reduzia o indivíduo a um complexo de normas⁷⁵ cedeu espaço para o ser humano, “principal ator do espetáculo da vida em sociedade”.⁷⁶

Nesse ponto de desenvolvimento humano, a sociedade fora apresentando uma infinidade de novas necessidades, relações intersubjetivas foram se desenvolvendo no plano das “dobras do direito”, isto é, do não-direito.⁷⁷ A subsunção que antes era absoluta, vê-se esvaziada perante uma ruptura substancial dos padrões, de tal sorte que o corpo social se torna palco de fatos que, embora dotados de relevância – vez que produzem efeitos, consequências jurídicas – não possuíam correspondente previsão normativa.⁷⁸

De fato, o fenômeno das codificações não foi hábil a abarcar a

⁷⁵ Ao discorrer sobre o conteúdo valorativo do termo *sujeito de direito*, Luiz Edson Fachin aduz: “isso parece evidenciar na exata medida em que se necessitava de um conceito para colocar no centro dessa moldura do sistema jurídico esse conceito não foi em um sentido material em si, da pessoa, e, sim, algo que era sobre o ser; depositada esta máscara que se colocava sobre a face, emergia algo externo do próprio ser. Esse Direito não se compadece da noção material de pessoa. É a noção formal que reduz a pessoa a um complexo de normas, ou centro de interesses.”

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 165.

⁷⁶ PONA, 2015, p. 183.

⁷⁷ “A clara evidência da crise é o reconhecimento de que se operam relações no plano da sobre do direito, ou seja, no não-direito. Fatos acabam se impondo perante o Direito. Não é o Estado que regula todas as condutas, nem tampouco produz todas as normas nas quais aquelas vão se subsumir. Há condutas que desenvolvem comportamentos não regulados, e, ainda, aquelas que se chocam com uma regulação anterior. Esses comportamentos impõem uma nova transformação do regulamento anterior, uma nova regulamentação, nem sempre apenas de adequação de significados. Às vezes, há ruptura substancial dos padrões e não tão-só ‘resignificações’.”

FACHIN, op. cit., p. 245-246.

⁷⁸ “A sociedade contemporânea é caracterizada por uma infinidade de novos acontecimentos, que consistem em fatos desencadeadores de consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – impossibilitam a existência de um direito subjetivo, constituindo-se em fatos desprovidos de normatização jurídica.”

LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 3.

totalidade de novas situações fáticas capazes de produzir efeitos jurídicos, sobretudo diante do cenário dinâmico fomentado pelas novas tecnologias. Desta forma, fatos sociais, sem correlata positivação, apesar de evidente o interesse jurídico, ficavam a mercê de proteção, eis que diante da ausência de direito objetivo, inexistente, por conseguinte, era o direito subjetivo, de tal modo que tampouco essa pessoa poderia ser denominada de *sujeito de direito*.⁷⁹

O engessamento provocado pela dependência do direito subjetivo à previsão normativa configurou um dos pontos de crise da subjetivação do direito, atestando o descompasso entre o mundo real e a ordem jurídica.⁸⁰ Se a juridicidade de um fato social apura-se pela sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e, outrossim, a qualificação da juridicidade de determinada relação traça-se pelo destaque do interagir social para o direito,⁸¹ não é admissível abster-se diante de eventual litígio envolvendo tais interesses juridicamente relevantes que não possuam norma jurídica correspondente, vez que “não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse.”⁸²

O arquétipo do direito subjetivo e, com ele, das relações jurídicas classicamente conceituadas demonstram-se insuficientes para solucionar impasses que não envolvam direitos subjetivos. A tutela *in concreto* da pessoa, tece novos contornos à sua própria acepção, cindindo subjetivação de personalidade, a fim de que o ser humano reste amparado em todas as suas dimensões.

Somente no sentido tradicional, portanto, podem identificar-se as noções de personalidade e capacidade, equiparação que, justificando-se no passado, hoje suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional.⁸³

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

⁸⁰ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Fenomenologia jurídica e a intrínseca correlação com as situações jurídicas existenciais na conformação dos novos danos. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**, v. 2, n. 1., p. 195-210, jan./jun.2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/584>. Acesso em: 20 set. 2022, p. 202.

⁸¹ PONA, 2015, p. 184.

⁸² PERLINGIERI, 2007, p. 156-157.

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fonte normativa e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2022. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

A ponderação anteriormente posta em relevo, colabora, de igual modo, para uma *atualização* da noção de personalidade jurídica, ante as novas cargas axiológicas impressas no conceito. Não mais um instrumento à serviço da ordem jurídica para representar a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, a personalidade se firma como atributo inerente de todos os indivíduos, “valor característico da pessoa humana que justifica a disciplina autônoma das relações existenciais.”⁸⁴

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas.⁸⁵

O direito subjetivo, dessa forma, mostra-se insuficiente para fazer frente à complexidade e pluralidade dos efeitos jurídicos da prática humana. Assim, o vício metodológico situa-se na ideia de que o direito subjetivo consistiria em um fim em si mesmo, “quando na verdade em certas hipóteses, exige-se do sujeito um ônus ou uma obrigação de usar de determinada forma seu direito, onde surgem as situações jurídicas.”⁸⁶

Caminha-se, pois, o dimensionamento de *situação jurídica* enquanto construção jurídica doutrinária no intuito de outorgar recente entendimento acerca de direitos, bem como conferir novo sentido a conceitos e acepções que já não mais refletem a realidade e as demandas contemporâneas. A insuficiência teórica e prática do direito subjetivo e, conseqüentemente das relações jurídicas⁸⁷ em abranger situações nas quais se faz essencial a realização da pessoa, não minimizam a sua relevância ao tempo em que foram criados, não obstante, hodiernamente mister seu

⁸⁴ PONA, 2015, p. 182.

⁸⁵ PERLINGIERI, 2007, p. 155-156.

⁸⁶ Ibid., p. 120.

⁸⁷ “[...] a relação jurídica é despersonalizada, relegando a pessoa para uma segunda linha e esquecendo desse modo, o cerne imprescindível do Direito Civil; motivos pedagógicos: a relação jurídica impede uma reanimação do estudo da parte geral e dificulta a abertura de novas rubricas; ela encerra a matéria nos seus quatro pretensos elementos, inviabilizando uma distribuição dinâmica da matéria; motivos científicos: a relação jurídica ergue-se como um obstáculo eficaz à procura de soluções novas, mais justas e adequadas.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 283.

redimensionamento sob a exegese do conceito de *situação jurídica*.⁸⁸

A reconstrução evolutiva da noção de direito subjetivo demonstrou a historicidade do conceito e a relação com as necessidades sociais de um período específico. A mudança na forma de organização e relacionamento interpessoal, em dado momento, exigiu do pensamento jurídico a abertura para novas formas de compreensão distintas da tradição romanística. Ao pensamento liberal burguês a formulação do direito subjetivo ofertou valorosa contribuição. Todavia, no presente cenário, evidencia-se a impossibilidade de manter o exclusivo apego à oitocentista construção se o objetivo do ordenamento fundamentado na dignidade humana for a tutela (de proteção e livre realização) da pessoa.⁸⁹

Para a plena compreensão do fenômeno da *situação jurídica*, concebe-se de fulcral magnitude que se tenha sedimentada a intelecção da teoria dos fatos jurídicos. Nesse sentido, repisa-se que o direito, fenômeno cultural, é produto humano e, conseqüentemente resulta de fatos sociais. “Toda alteração da realidade fenomênica que tenha efeitos na esfera jurídica, que produza efeitos na esfera de interesses legítimos dos sujeitos de direito, pode ser denominado fato jurídico.”⁹⁰

À volta desse fato, qualificado então como jurídico, passam a circular implicações consequenciais que destinam as pessoas em situações de poder ou sujeição, privilégio ou desvantagem, a depender da previsão na disposição normativa ou do conteúdo da manifestação da vontade.

Feita essas considerações, Marcos Bernardes de Mello atribui à León Duguit⁹¹ o emprego inicial da locução *situação jurídica* como acepção substitutiva da

⁸⁸ Nos dizeres de Fachin, “relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circunstância. Sob suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria ineficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames.” Assim, “[...] a formulação do conceito de relação jurídica, e a própria palavra relação, fornece o conceito de presença jurídica de pessoas. No entanto, essa ideia de pessoa não recolhe uma informação a partir de um sujeito em concreto, ou seja, a partir das considerações concretas desse ou daquele sujeito, pois a relação jurídica, classicamente moldada, leva em conta uma noção abstrata e genérica das pessoas [...]. A noção deve ser conforme o espaço que a moldura jurídica lhe revela, independente de como as pessoas sejam.”

FACHIN, 2012, p. 35,101.

⁸⁹ PONA; AMARAL, 2016, p. 71-72.

⁹⁰ Ibid., p. 60.

⁹¹ Nesse ponto, relevante mencionar a divergência com relação ao emprego inicial de *situação jurídica*. De acordo com Eduardo Nunes de Souza, o primeiro a empregar o termo fora Paul Roubier, para o qual, a situação jurídica representaria um “complexo de direitos e deveres baseada em uma ideia de cooperação entre as partes envolvidas, superando o clássico individualismo.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilística**, a.4, n.1, 2015. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos>. Acesso em: 23 set. 2022, p. 6.

Já Everton Willian Pona e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral atribuem à Joseph Kohler o

noção de direito subjetivo. Filiado ao positivismo sociológico, León Duguit considerou impossível admitir que toda a ordem jurídica estivesse à serviço de poderes e vontades individuais natos, desconsiderando, assim, a figura da sociedade,⁹²

[...] o homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade. O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendias os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos de solidariedade social.⁹³

A concepção do direito com base em categoria estanque e abstrata não era mais possível, de tal sorte que se passou à negativa de existência de um direito subjetivo e, conseqüentemente, de um poder que superasse as vontades individuais.

J'estime que la notion de droit subjectif, c'est-à-dire la notion d'un pouvoir appartenant à une personne d'imposer à une autre sa propre personnalité, est une notion d'ordre métaphysique, qui ne droit pas avoir sa place dans l'organizarion positive des sociétés modernes. Ce concept de droit subjectif, que d'aucuns nous présentent comme une vérité absolue, n'a été qu'un moment dans l'histoire éternellement changeant des institutions et des idées, un moment important, je le veux bien, mais rien de plus. Mettons que venue à son heure elle a joué dans le monde un rôle important et rendu d'immenses services. Mais aujourd'hui son règne est fini.⁹⁴

A ciência dogmática fora vertida em disciplina sociológica, de tal modo que nem o homem nem a sociedade possuiriam direitos, mas o indivíduo, como

pioneirismo da utilização da referida locução, sob perspectiva processual, enquanto situação preliminar anterior à própria noção de direito subjetivo.

PONA; AMARAL, 2016, p. 60-61.

⁹² ESTEVES, Rafael. **Relações e situações jurídicas existenciais no Direito Civil contemporâneo**. Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. 2010. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9520>. Acesso em: 10 set. 2022, p. 60-62.

⁹³ DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de: Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 29-30.

⁹⁴ Tradução livre: “Eu acho que o conceito de direito subjetivo, isto é, a noção de um poder que pertence a alguém impor a sua própria personalidade a outra pessoa é uma noção de ordem metafísica, à qual nenhum direito pode ocupar na organização do direito positivo na sociedade moderna. Este conceito de direito subjetivo, que alguns descrevem como uma verdade absoluta, foi um momento histórico eternizado na evolução das instituições e ideias, um momento importante, eu admito, mas nada mais. Mesmo que se considere que essa concepção tenha tido sua importância e desempenhado um papel importante, rendendo-lhe imensos serviços, hoje seu reino chegou ao fim.”
DUGUIT, León. **Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat**. Paris: Félix Alcan, 1911, p. 4.

integrante do corpo social, apresentaria funções a desempenhar em prol da coletividade. Destarte, não há direitos subjetivos, mas apenas funções sociais adstritas ao sujeito em consonância com sua situação social, isto é: situação jurídica,⁹⁵ que se diria:

(a) *objetiva* (também denominada *poder objetivo* ou *situação legal*), quando designasse “o poder que cabe a todo indivíduo de agir livremente nos limites do direito objetivo, de *querer* um efeito jurídico quando sua declaração de vontade tem um objeto ou um fim conforme ao direito objetivo” e, (b) *subjetiva*, quando definisse “o poder atribuído a uma pessoa determinada de exigir de uma outra o adimplemento de uma prestação concreta, sob uma sanção social que, nos países organizados politicamente, a mais frequente é a ação na justiça.”⁹⁶

No intuito de trazer maior concretude aos fatos jurídicos Torquato Castro⁹⁷ defende que as *situações jurídicas* se instalam a partir de uma situação de fato, a qual, ao produzir efeitos jurídicos, revela-se como fato jurídico e, nessa lógica, se manifesta não apenas na relação entre sujeitos – como se instaurava a relação jurídica –, mas também na prescrita tipicidade de pessoas posicionadas perante determinado objeto de atribuição normativa.⁹⁸

Situação jurídica [apresenta-se] como unidade básica de configuração do fenômeno jurídico que expressa todas as formas de sua revelação, incluindo-se, dentre de uma objetividade existencial, o sujeito que assume uma posição em face da tipicidade prescrita pela ordem jurídica, legitimando-o a exercer uma prerrogativa de ação.⁹⁹

Nessa jornada de transição, foi com Pietro Perlingieri que a crítica ao direito subjetivo em prol da adoção da categoria de situação jurídica se acentuou. As situações jurídicas corresponderiam a efeitos jurídicos – dever-ser. Comportar-se-iam como “instrumento de avaliação do agir humano entendido segundo categorias.”¹⁰⁰

Em outras palavras, as situações subjetivas juridicamente relevantes se verificariam quando a eficácia do fato com referência a um centro de interesses encontrasse a sua correspectiva imputação em um sujeito destinatário, isto é: “tem-se

⁹⁵ AMARAL, 2003, p. 159.

⁹⁶ MELLO, 2010, p. 91.

⁹⁷ De acordo com Éverton Willian Pona e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, o referido autor veio a utilizar, pela primeira vez, tal termo, no ano de 1985.

⁹⁸ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica no direito privado nacional**: Estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.

⁹⁹ Ibid., p. VII.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, 2007, p. 105.

de um lado a norma jurídica, no mais das vezes, a *fattispecie* abstrata; do outro, o fato concreto. Quando se verifica este último produz-se o efeito; o interesse previsto pela norma traduz-se no interesse (objetivo) do destinatário”,¹⁰¹ aqui compreendido em sua dimensão coletiva.

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.¹⁰²

Para Perlingieri, as situações subjetivas encontrariam seu ponto de confluência e justificação nas ditas relações jurídicas,¹⁰³ as quais não configurariam mais um liame entre direito subjetivo e dever, mas uma ligação estrutural entre centros de interesses, isto é, entre situações subjetivas.¹⁰⁴ Nessa linha, a situação jurídica é considerada a construção mais adequada ao momento dito *revolta dos fatos contra o código*, eis que comunga em sua origem, tanto o poder atribuído ao indivíduo a partir da subsunção do fato *in concreto* com a previsão normativa abstrata, quanto o poder atribuído à manifestação da vontade.¹⁰⁵

A situação subjetiva não pode ser considerada um pressuposto lógico e cronológico da relação jurídica. Entre situação subjetiva e relação jurídica existe contextualidade: se existe a situação, existe também uma relação jurídica. Não é possível conceber um direito ou um dever fora de uma relação jurídica. A conexão das situações subjetivas na relação jurídica exprime a exigência de valorar o comportamento não somente no momento estático, que é a descrição do efeito (nascimento, modificação ou extinção de situações subjetivas), mas também no momento dinâmico, como regulamento dos interesses, realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.¹⁰⁶

Cautelosamente, Marcos Bernardes de Mello pontuou a raiz dúplice

¹⁰¹ PERLINGIERI, 2007, p. 105.

¹⁰² Ibid., p. 121.

¹⁰³ “As situações subjetivas encontram a sua justificação e o seu ponto de confluência na relação jurídica. Esta deve ser colocada ao centro do direito civil, apesar da manualística moderna, contrariamente àquela menos recente, não lhe atribuir a devida importância.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 727-728.

¹⁰⁴ Ibid, p. 734-735.

¹⁰⁵ PONA, 2015, p. 189-190.

¹⁰⁶ PERLINGIERI, op. cit., p. 735.

de situação jurídica, observando não se tratar de acepção unívoca, da qual, se extraem duas abstrações, uma em sentido *lato* e a outra em sentido estrito. Filiado à corrente que visualiza a situação jurídica no plano da eficácia, argumenta que em sentido *lato* e *stricto sensu*, respectivamente, a situação jurídica nomearia,¹⁰⁷

- (a) toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico.
- (b) exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que deva emanar não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica.¹⁰⁸

À vista disso, em sentido estrito situação jurídica e relação jurídica corresponderiam a espécies distintas de eficácia jurídica, ao passo que em sentido *lato*, a relação jurídica comporia uma espécie – a mais importante, segundo o autor – do gênero – categoria mais ampla e geral – situação jurídica.

Assim como a valoração do conceito de situação jurídica não é uníssona, tampouco é uno o juízo doutrinário a respeito dos variados critérios e diferentes classificações que tal fenômeno se submete. Sob a perspectiva metodológica, faz-se um recorte afim de dedicar-se, precisamente, nos traços distintivos entre situações jurídicas objetivas e subjetivas, bem como situações jurídicas subjetivas patrimoniais e existenciais.

Na mesma linha de Duguit, objetivas corresponderiam as situações jurídicas quando resultantes da própria prescrição normativa, isto é, quando o fato social encontrasse correspondência em uma *fattispecie*,¹⁰⁹ ao passo que sob o manto das situações jurídicas subjetivas, alocar-se-iam os fatos sociais resultantes das manifestações do ato volitivo, em harmonia com a lei.¹¹⁰ Acerca dessa classificação, oportuno salientar o posicionamento de Marcos Bernardes de Mello e Eduardo Nunes de Souza, os quais negam veementemente a possibilidade de qualificar situações jurídicas como objetivas, visto que “as situações jurídicas são, unicamente, subjetivas,

¹⁰⁷ MELLO, 2010, p. 100-101.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 91-93.

¹⁰⁹ AMARAL, Francisco. O direito civil no paradigma da complexidade. **Revista brasileira de direito comparado**, p. 67-79, 1996. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20\(5\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20(5).pdf). Acesso em: 27 set. 2022, p. 69.

¹¹⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 161.

pois dizem respeito à posição do sujeito de direito no mundo jurídico. ”¹¹¹

Os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas. Em outras palavras, de todo fato jurídico concreto, situado no mundo do *ser*, resulta um efeito jurídico, conceito abstrato que integra o universo do *dever ser*. Tais efeitos, enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de *situações jurídicas subjetivas*. Pouco importa se o conteúdo dessas situações foi previsto pelos próprios agentes que participaram do ato (no exercício de sua autonomia negocial) ou se resulta, em vez disso, da lei (como ocorre nos atos jurídicos *stricto sensu*, nos atos-fatos jurídicos e nos atos ilícitos): a situação subjetiva será sempre a repercussão jurídica do fato concreto, em consonância com o que enunciava o adágio romano – *ex facto oritur ius*.¹¹²

As situações jurídicas podem, ainda, se referirem a interesses de ordem patrimonial ou existencial, admitindo-se ainda, contemplarem um e outro. De um modo geral, as situações jurídicas patrimoniais relacionam-se à regulamentação de interesses econômicos, cabendo às situações jurídicas existenciais, a autorregulamentação de interesses afetos diretamente à tutela da pessoa em si mesma. As chamadas situações jurídicas mistas, por seu turno ocorrem, comumente, quando interesses existenciais forem realizados mediante situações patrimoniais.¹¹³

Não obstante a distinção conceitual, urge salientar que as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas a partir das existenciais, a fim de que prepondere a uma tutela suprema da Dignidade da Pessoa Humana, eis que de todo modo, uma vez “afirmada a natureza necessariamente da normativa é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações [...]”.¹¹⁴

Totaliza-se por todo externado, que ante a capilarização das relações sociais e, da conseqüente dinamicidade das necessidades humanas, a alocação do direito sob categorias estanques não se mostra presentemente eficiente – a exemplo dos direitos subjetivos –, sobretudo em virtude das constantes situações fáticas carentes de direito objetivo correspondente.

O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido

¹¹¹ MELLO, 2010, p. 93.

¹¹² SOUZA, 2015, p. 2.

¹¹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 92-93.

¹¹⁴ PERLINGIERI, 2007, p. 155.

“privado” – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna histórica na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como “coexistência.”¹¹⁵

Os potenciais eventos não se acomodam mais dentro de uma moldura fixa e rígida, carecendo de um adequado *locus* de desenvolvimento, que albergue simultaneamente, o mínimo existencial e os atributos da personalidade: abrigam-se, portanto, sob o efúgio das situações jurídicas subjetivas.

2.2 DO SUJEITO À PESSOA: RETROSPECTO HISTÓRICO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Subjacente à concepção de sociedade e ao modelo econômico vigente, o direito delinea-se em direção a um *iter* histórico e cultural, de tal sorte que as normas jurídicas que regulam seus institutos tendem a reproduzir o emergente modelo político-social do corpo coletivo, seu contexto ideológico, bem como seus desígnios inequívocos. Inserido nesse cenário jurídico, tem-se o homem, socialmente descrito por natureza e biologicamente racional.

No âmbito de sua racionalidade, eleva-se a vontade – no seu aspecto jurídico¹¹⁶ – como elemento primordial de exaltação da personalidade humana, consequência da liberdade individual.¹¹⁷ E por assim expor, tal *voluntas* desempenha

¹¹⁵ PERLINGIERI, 2007, p. 1.

¹¹⁶ “[...] vontade sob o aspecto psicológico e jurídico não se confundem, pois a psicologia permanece no campo do ser, uma vez que considera esse elemento como ‘*tipo de tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realiza-lo*’ (AMARAL, 2003, p. 346) e o direito à vontade concede relevância no campo do dever-ser, como fonte de normas jurídicas. Enquanto no âmbito psicológico a vontade tem aspecto eminentemente subjetivo, intrínseco ao sujeito, o véu jurídico a reveste de relevância sob um viés objetivo, como parte de um universo fático, com potencial alterador da realidade, concreta, portanto.”
PONA, 2015, p. 128.

¹¹⁷ “Demogue define la voluntad como ‘la coordinación jerárquica de nuestros deseos’. Nosotros diremos que es la facultad que nos permite hacer lo que deseamos. La voluntad considerada como fenómeno psicológico de la vida consciente, como una simple volición interna, no produce consecuencias en el derecho, pues se trata de un fenómeno psíquico que los terceros no pueden conocer. Es decir, la voluntad no manifestada no existe para el derecho. Y con esto tenemos establecido el primer requisito de la voluntad jurídica: debe ser manifestada.”

Tradução livre: “Demogue define a vontade como a coordenação hierárquica de nossos desejos. Nós diremos que é a faculdade que nos permite fazer o que desejamos. A vontade considerada como fenômeno psicológico da vida consciente, como uma simples vontade interna, não produz consequências no direito, pois se trata de um fenômeno psíquico que os terceiros não podem conhecer.

primacial atribuição na dogmática civil, sobretudo no domínio dos negócios jurídicos.

La voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al derecho, tanto porque el derecho es un producto social regulador de la conducta humana, cuando porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el derecho [...].¹¹⁸

Com efeito, a doutrina negocial erigiu seus contornos apoiado no acordo de vontades do Direito Romano, para o qual a exteriorização da forma concedia a gênese da própria *obligatio*.¹¹⁹ Contudo, com a multiplicação e complexidade das operações econômicas, determinadas pela progressiva expansão das atividades de troca, produção e distribuição de serviços, não seria mais crível, o detrimento da vontade das partes frente à sistemática observância das formalidades contratuais, superando-se, então, a romanista concepção de contrato em prol do oferecimento de uma resposta mais adequada às emergentes exigências sociais.¹²⁰

[...] o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de *per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determina-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*.¹²¹

Com o amadurecimento das Revoluções liberais – Revoluções Francesa e Industrial – e, a correspondente ascensão epistemológica do racionalismo e política e ética do liberalismo,¹²² inaugura-se, na perspectiva histórico-sociológica o

É dizer, a vontade não manifestada não existe para o direito. E com isso temos estabelecido o primeiro requisito da vontade jurídica: deve ser manifestada. ”

HURTADO, Avelino Leon. **La voluntad y la capacidad em los actos jurídicos**. 3.ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 33.

¹¹⁸ Tradução livre: “A vontade do indivíduo é uma mola que move e dá vida ao direito, tanto porque o direito é um produto social regulador da conduta humana, quanto porque a vontade de cada indivíduo em particular tem tido sempre um valor preponderante, reconhecido pelo direito. ”

Ibid., p. 7.

¹¹⁹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Justiça contratual: as transformações da teoria do contrato e uma reflexão à luz do pensamento de John Rawls. In: WEBER, Thadeu MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer (coord.). **Princípios fundamentais de justiça**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 55.

¹²⁰ ROPPO, 1947, p. 21-22.

¹²¹ Ibid., p. 23.

¹²² “O liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que se qualificavam como verdadeiros alicerces das relações privadas. Se o *status* não mais importava, o novo ídolo era o contrato. A vontade era a fonte dos direitos e do contrato, sua forma excelsa de exteriorização. ”

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 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, a.41, n.163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em:

chamado Estado Liberal, em completa objeção ao anterior modelo totalitário e absolutista.

A filosofia contratualista adquire valia, ponderando que a fonte de validade das leis sucederia da própria vontade exteriorizada dos indivíduos mediante um contrato social¹²³, e não de um apetite divino dos reis. Nesse contexto ideológico, autonomia e vontade aproximaram-se a fim de desenvolver o que viria a ser conhecida por teoria negocial clássica, desvinculando o contrato da acepção estrita de instrumento técnico-jurídico de circulação de bens, para afixá-lo como “bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação.”¹²⁴

A despeito das investidas do clero a fim de ratificar sua posição e poderio pós Reforma Protestante, certas expressões características do Renascimento encontraram campo fértil para se desenvolver. À vista disso, a doutrina voluntarista espalhou-se por todos os setores, especialmente, na seara ética e jurídica, acionando, com a conquista dos direitos individuais, a consequente contenção da atuação do Estado.

Verifica-se, então, uma maior dicotomia entre o público e o privado, minimizando a intervenção do Estado para níveis ínfimos, já que os indivíduos, agora livres e iguais perante a lei, estariam aptos a criarem “suas próprias regras, produzindo normas de forma alheia ao Estado, no seio da população e para a regulamentação da vida privada”.¹²⁵ Da junção desses pressupostos e, no intuito de promover o desenvolvimento da atividade comercial e econômica, relegou-se ao Estado um posto coadjuvante, estabelecido como uma leve moldura que deveria proteger o eminente direito privado, este “coração de toda a vida jurídica.”¹²⁶

Se todos os indivíduos eram livres e gozavam de igualdade, ninguém melhor do que eles próprios para regulamentarem as relações intersubjetivas, visto que outro não poderia entender e julgar seus interesses de forma mais apropriada e conveniente. A atuação do Estado convertia-se em negativa, com o propósito uno de endossar o cumprimento da vontade individual,¹²⁷ entendendo que “as leis naturais do

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 set. 2022, p. 116-117.

¹²³ PONA, 2015, p. 119

¹²⁴ ROPPO, 1947, p. 28.

¹²⁵ PONA, op. cit., p. 127.

¹²⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: A. Amado, 1961, v.2, p. 8.

¹²⁷ “O direito estatal, nessa nova concepção, deveria limitar-se a servir a vontade individual,

mercado se encarregavam da promoção do equilíbrio econômico e, por consequência, da harmonia social. ”¹²⁸

Após os sucessos da Revolução em França e a prevalência do dístico da igualdade, fraternidade e liberdade, nada mais natural que se desse uma hipérbole na posição humana na sociedade. A homens nascidos livres e iguais, indispensáveis reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito.¹²⁹

Advento das prerrogativas capitalistas, a concepção oitocentista de contrato comunica-se estruturalmente com a organização social, consagrando como valor fundamente a *autonomia da vontade*, de tal sorte que aos sujeitos competiam a máxima da “livre apreciação dos respectivos interesses”.¹³⁰

[...] a partir dos séculos XIX e XX, erguem-se sobre as bases do princípio da autonomia, resultante da junção da vontade com a liberdade. De maneira que a fonte primordial do direito privado se encontrava no próprio indivíduo e em sua liberdade. Sob tal perspectiva, a autonomia era compreendida como verdadeiro dogma, a expressar o valor da liberdade individual. Essa concepção da autonomia, em via de mão dupla, justificava-se na necessidade de preservação da igualdade meramente formal, visto que “somente com a garantia da autorregulamentação concedida a cada um, abstratamente considerado, prescindindo das condições ou das circunstâncias individuais, seria possível manter a igualdade de tratamento.”¹³¹

A autonomia da vontade configurava-se, portanto, como fonte das relações jurídicas,¹³² uma prerrogativa que a vontade humana possui para ser “para si mesma a sua lei”¹³³, um poder atribuído aos agentes da sociedade civil para estipularem suas relações, como melhor lhe aprouvessem, tomando o negócio jurídico como lei.¹³⁴

Esse conceito assume a posição de centro dessa dogmática

complementando-a ou suprimindo-a, com o fundamento na vontade presumida: *voluntas facit legem*. Estes princípios ficaram inicialmente consagrados nos textos constitucionais, concernentes aos contratos e à propriedade e, em seguida, passaram para os códigos, no mesmo passo em que seriam aproveitados pelo pandectismo para as suas grandiosas construções científicas. ”

MIRANDA, 1989, p. 61.

¹²⁸ AMARAL; Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v.21, n.2, p.262-297, jul/2017, p. 267.

¹²⁹ RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 118.

¹³⁰ MONTEIRO FILHO; RITO, 2016, p. 427-428.

¹³¹ PERLINGIERI, 2007, p. 428.

¹³² RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 118.

¹³³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os Pensadores. 2.ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984, p. 85.

¹³⁴ AMARAL; PONA, 2015, p. 58-59.

contratual, traduzindo os excessos do liberalismo,¹³⁵ de tal sorte que com as revoluções burguesas, a ferramenta contratual fortificou-se enquanto instrumento de intercâmbio econômico entre os sujeitos, onde a vontade reina ampla e livremente. Não como um instrumento de intervenção ou criação da lei, mas enquanto expressão da racionalidade humana, o contrato firmava suas bases como meio de estipular relações recíprocas, “a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.”¹³⁶

O contrato faz lei entre as partes, as quais possuem autonomia irrestrita para elegerem o conteúdo, forma e regulamentação de seus pactos, implicando, pois, na consagração de certos princípios complementares, quais sejam: *pacta sunt servanda*; relatividade dos efeitos contratuais e liberdade contratual *lato sensu*.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade* jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidade de poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (“*quid it contractuel dit juste*”).¹³⁷

Os valores liberais se orientavam na abstração e generalidade, neutralizando a realidade, “na medida em que a base sob a qual tal construção foi erigida era a igualdade formal e, conseqüentemente, a liberdade condicionada ao

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade social entre *Cosmos* e *Taxis*: a Boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 614-615.

¹³⁶ RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119.

¹³⁷ ROPPO, 1947, p. 35.

pertencimento *de fato*, na tal categoria de sujeito de direito. ”¹³⁸

Assim, retomam-se as categorias teóricas de sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica, desprezando as particularidades concretas e tangíveis partilhadas pelas pessoas: em razão de um direito subjetivo sustentado pela sua previsão contida em uma norma positivada – direito objetivo –, gerava-se no campo jurídico do sujeito de direitos um *poder* que o permitia exigir de outrem, a adoção de determinado comportamento – positivo ou negativo –, a fim de concretizar seu interesse negocial patrimonial.

Ao desconsiderar as vicissitudes do indivíduo enquanto *pessoa*, os ideais revolucionários de igualdade e liberdade mostravam-se premidos, apenas, no campo formal, impondo a aplicação impessoal e padronizada da norma jurídica a todos os casos abrangidos por seu suporte fático, indistintamente, visto que “ era a própria lei que definia o espaço no qual o sujeito de direito iria exercer a sua autonomia”.¹³⁹

O embate generalizado suscitado pelo período pós-guerras, despontou uma reavaliação crítica das desigualdades materiais e culturais que assolavam a sociedade civil, não obstante a projeção voluntarista dos ideais de igualdade e liberdade formal.¹⁴⁰ Os sujeitos não eram, de fato, livres, pois a força do capitalismo exacerbado conduzia suas escolhas, tampouco eram efetivamente iguais, dado que essa igualdade legal não corrigia as desigualdades da vida, criando-se um abismo cada vez mais profundo entre os homens.¹⁴¹

Tais circunstâncias atingiram a base do direito civil com potencial destrutivo. Isso porque a noção de Estado Liberal, que forneceu sustento ao individualismo e voluntarismo jurídicos, perdeu força. A liberdade, ao invés de tornar o homem liberto, passou a escravizá-lo porque se aliou somente à igualdade formal, esquecendo que estavam sendo tratados como iguais os que compartilhavam pouco além do fato de serem desiguais entre si.¹⁴²

¹³⁸ MONTEIRO FILHO; RITO, 2016, p. 427.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ “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 lei.”

RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 120.

¹⁴¹ LIMA, Alvino. **Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito**. Lecture: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1939. Disponível em: <file:///C:/Users/asus/Downloads/65899-Texto%20do%20artigo-87273-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022, p. 202.

¹⁴² PONA, 2015, p. 137.

Ante a massificação das relações intersubjetivas, a *mão invisível* do mercado não se mostrava mais eficiente para solucionar as premências sociais, de modo que o Estado antes liberal, cede espaço para uma formatação de bem-estar social, assente na solidariedade e no valor da pessoa humana.

Com efeito, no campo político e econômico, reinsere-se a figura do Estado na ingerência das relações privadas, como garantidor da coexistência das atividades econômicas e dos interesses sociais, inaugurando o chamado dirigismo,¹⁴³ que se espraia de seu berço econômico em direção à seara negocial.

Como resultado do dirigismo¹⁴⁴ econômico, o domínio jurídico é impactado por um movimento em prol da identificação de um sistema axiológico comum,¹⁴⁵ o que implica no deslocamento do então eixo jurídico patrimonialista e abstrato para um centro valorativo humano e solidário. Inaugura-se, portanto, um movimento de *repersonalização*¹⁴⁶ do direito privado, o qual viria a ser partilhado pela ordem jurídica brasileira somente em 1988, com a promulgação de sua atual Carta Constitucional que,

[...] a um só tempo, representou as bases para sua reconstrução em conformidade com a axiologia constitucional, notadamente a partir da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade

¹⁴³ AMARAL, 2015, p. 59-72

¹⁴⁴ Nesse ponto, relevante pontuar que dirigismo não corresponde a uma expressão sinônima de intervencionismo, de modo que ambas as acepções possuem significados distintos. Nesse sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo esclarece: “o termo ‘dirigismo’ possui conteúdo conceptual muito mais próximo à realidade de nosso tempo do que ‘intervencionismo’. [...] O dirigismo, como forma de ingerência estatal, não se confundiria com o mero intervencionismo episódico e assistemático do período repressivo anterior. Agora o Poder Público disciplinaria, dirigiria e vetorializaria a economia (e, por extensão, os contratos).”

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 26.

¹⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

¹⁴⁶ Ricardo Luis Lorenzetti esclarece que “actualmente nadie niega que en el plano privado hay desigualdades entre los individuos, incluso mucho más relevantes que las que antes existieron respecto del Estado. Inversamente, en muchos temas, el Estado aparece como mediador entre intereses sectoriales contrapuestos y las soluciones que dispone no son por imperio, sino por consenso. Ante estos cambios, las Constituciones comenzaron a incorporar normas de derecho privado y los códigos de derecho privado del siglo XXI abrieron sus puertas para recibir los principios constitucionales.”

Tradução livre: “Hoje ninguém nega que existem desigualdades entre os indivíduos no plano privado, ainda mais relevantes do que as que existiam anteriormente em relação ao Estado. Por outro lado, em muitas questões, o Estado aparece como mediador entre interesses setoriais conflitantes e as soluções que oferece não são por império, mas por consenso. Diante dessas mudanças, as Constituições passaram a incorporar normas de direito privado e os códigos de direito privado do século XXI abriram suas portas para receber os princípios constitucionais.”

LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas – el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 77.

social, os quais, em conjunto, promoveram transformações qualitativas no contexto da autonomia privada e impuseram a funcionalização dos contratos aos valores constitucionais.¹⁴⁷

Confluem-se com esse momento – e rememoram-se –, as reflexões já postas no tocante à insuficiência da categoria abstrata e generalista de sujeito de direitos no contexto da supremacia do direito subjetivo, e o conseqüente fortalecimento da acepção de *pessoa humana*, inserta no terreno hodierno das situações jurídicas subjetivas.

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais [...]. Nesse sentido, enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem constitucional em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma e, deste modo, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito.¹⁴⁸

Para além das questões apresentadas, a representação da noção de *pessoa*, “além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado)”,¹⁴⁹ foi sensibilizada, especialmente, pelo desenvolvimento valorativo à volta do conceito material de igualdade. A individualidade é construída sob as bases da singularidade do homem, à medida que esta somente poderá ser comunicada aos demais, por meio da sua participação no convívio social.¹⁵⁰ Assim, a isonomia reflete, paradoxalmente, a pluralidade de seres singulares.¹⁵¹

Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de se compreenderem entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana [...] tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.¹⁵²

Ao inferir-se sobre a igualdade, não é o bastante rememorar a máxima

¹⁴⁷ MONTEIRO FILHO; RITO, 2016, p. 429.

¹⁴⁸ NEGREIROS, 2006, p. 18.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48-49.

¹⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188.

¹⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 76.

¹⁵² Ibid.

de que aos olhos da lei, todos os seres humanos seriam iguais. Para além da igualdade, a isonomia, como regra consiste senão em reconhecer as desigualdades naturais das pessoas humanas, a fim de “aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.¹⁵³ Nesse sentido, as pessoas possuem o direito de serem igualmente tratados quando a diferença os inferiorizar e, simultaneamente o direito de serem distintos, quando a igualdade os descaracterizar,¹⁵⁴ porquanto “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”¹⁵⁵

Feitas essas considerações e, a par do contexto axiológico alhures descrito, reflexos são lançados sobre as bases contratuais clássicas, de modo que se inaugura o *paradigma moderno negocial*. Segundo essa doutrina, o contrato deixa de constituir-se unicamente como instrumento de operacionalização da ordem econômica e dos interesses individuais, para consagrar, simultaneamente, os interesses sociais.¹⁵⁶ Logo, a novel concepção de contrato parte “não sobre as cinzas do aniquilamento da vontade”, mas como representação de um “instrumento de cooperação solidária, dotado de intenso conteúdo ético e do supremo valor justiça.”¹⁵⁷

[...] el Estado moderno se caracteriza por una tendencia socializadora para realizar una mayor justicia social. Por esta finalidad, el Estado ha tenido que intervenir incluso en los contratos que celebran los particulares, materia que antes se consideró del solo interés privado.¹⁵⁸

Diante dessas novas premissas que se projetavam nos múltiplos

¹⁵³ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, 2019, v. 271, p. 12.

¹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. **Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea - UFRJ**. Rio de Janeiro, p. 1-13, ago. 2015. Disponível em: http://dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022, p. 1-13.

¹⁵⁵ BARBOSA, Rui, op. cit., p. 36.

¹⁵⁶ Diferente do que aduz alguns doutrinadores, a exemplo de Heloísa Carpena, que defende que o paradigma moderno e o clássico são excludentes entre si, importante pontuar que mediante esse trabalho, defende-se o posicionamento de a concepção clássica não foi abandonada, mas sim, aprimorada pela axiologia moderna.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹⁵⁷ STIGLITZ, Rúben. S.; STIGLITZ, Gabriel. **Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 182.

¹⁵⁸ Tradução livre: “[...] o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar uma maior justiça social. Por esta finalidade, o Estado teve que intervir inclusive nos contratos celebrados entre os particulares, matéria que antes era considerada somente interesse privado.” HURTADO, 1979, p. 63.

contextos humanos – político, econômico, social e, especialmente, jurídico – a autonomia clássica cambia seu aspecto subjetivo – da vontade – em favor de uma noção principiológica e normativamente limitada, qualificando-se então, como *autonomia privada*.

Na base de uma concepção social, a autonomia privada referir-se-ia a um fenômeno coletivo de repercussão na esfera jurídica, empregado pelos particulares como instrumento para autorregulamentarem seus interesses privados. Trata-se, pois, de uma “autonomia extra-jurídica, entendida como fato social de auto-regulamento de interesses próprios”, isto é, “a razão do reconhecimento e da sanção por parte da ordem jurídica.”¹⁵⁹

Contrasta-se a esse posicionamento, a doutrina normativista de Luigi Ferri, para quem a autonomia privada “no es expresión de una mera licitude o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas.”¹⁶⁰

A autonomia privada é julgada, por esta concepção, não como um singelo reconhecimento da vontade dos sujeitos na criação de obrigações, mas verdadeiramente como um poder normativo, conferido aos particulares pelo Estado, para que mediante a criação de normas jurídicas, estes regulamentem seus interesses privados – aqueles não tutelados pelo próprio Estado ou delegados. Em outras palavras, a fonte de validade desta autonomia residiria nas normas estatais positivadas, representando “o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.”¹⁶¹

Não obstante o reconhecimento da validade dessas argumentações, atualmente há que se considerar que os contornos civis-constitucionais do ordenamento jurídico levam a uma conceituação mais ampla de autonomia privada. De fato, liberdade negocial e autonomia privada são conceitos relacionais, porém, não homólogos, visto que o conteúdo substancial da autonomia privada transcende os limites da liberdade contratual - autonomia negocial –, refletindo “o poder concedido

¹⁵⁹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de: Fernando Miranda. Coimbra: 1969, t.1, p.101.

¹⁶⁰ Tradução livre: “[...] não é expressão de uma mera licitude ou facultade, senão manifestação de poder precisamente do poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas.” FERRI, 1969, p. 8.

¹⁶¹ PERLINGIERI, 2007, p. 17.

pelo ordenamento jurídico para os indivíduos regulamentarem as suas relações na consecução de interesses particulares, em relação aos quais o Estado não exerce diretamente seu poder de império.”¹⁶²

Essa nova visão, apesar de tizada ainda pela patrimonialidade, ultrapassa a simples criação de normas negociais afetas a questões econômicas ou financeiras, implicando na manifestação de outros princípios, que na sistemática civil-constitucional, auxiliam a autonomia privada em seu ofício de promover a tutela máxima da pessoa humana.

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido é permitido”, há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso de direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé e da probidade, bem como o da função social dos contratos.¹⁶³

Isto posto, partindo de deveres de probidade e considerando as assimetrias partilhadas pelos privados, os princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social inauguram-se no campo negocial em coexistência com os princípios clássicos – *pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos do contrato e liberdade contratual –, a fim de integrar o instrumento contratual em uma ordem social mais harmônica.¹⁶⁴ De fato, o paradigma moderno altera as balizas da estrutura clássica do negócio jurídico, contudo, insta evidenciar que as cargas principiológicas de um paradigma e de outro não se elidem, mas a partir de uma releitura, complementam-se.¹⁶⁵

A despeito da substituição do centro valorativo do direito civil, com o afastamento da acepção de sujeito abstrato pela adoção do sentido *in concreto* de pessoa, ao longo do paradigma negocial *moderno* o campo dos interesses juridicamente relevantes manteve-se, exclusivamente, patrimonial. Ocorre que com o desenvolvimento das tecnologias, sobretudo no campo da ciência médica, a

¹⁶² PONA, 2015, p. 145.

¹⁶³ MORAES, 2010, p. 296.

¹⁶⁴ AZEVEDO, 1998, p. 116.

¹⁶⁵ PIMENTA, Melissa Cunha. A função social do contrato. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, 6 (2), 2011. Disponível em: <https://ken.pucsp.br/red/article/view/734/517>. Acesso em: 16 ago. 2022, p. 18.

tradicional tríade do sistema privado: família, contratos e patrimônio fazia-se inepta frente à tradução dos bens jurídicos que a sociedade ansiava por proteção.

O contexto social viu-se abarrotado de fatos que, apesar da carência normativa, produziam situações jurídicas que orbitavam centros de interesses merecedores de tutela jurídica. Em maior quantidade, esses fatos sociais isentos de juridicidade remetem-se a interesses de ordem existencial, afetos ao exercício dos direitos da personalidade e, que embora não previstos positivamente em *fattispecies* fechadas, geram consequências para o direito, exigindo certo pronunciamento da ordem jurídica. Em outras palavras,

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 casuística, procure satisfazer as novas necessidades e, sobretudo, moderar as concepções individualistas e voluntaristas que eram dominantes ao tempo das primeiras codificações.¹⁶⁶

A propósito dos direitos da personalidade, notável pontuar que uma de suas principais características é o fato de evidenciarem com frequência novas instâncias concernentes às subjetividades humanas, traços não passíveis de previsão legislativa exata ou estanque. Encarados a partir de uma categoria aberta, o conceito de direitos da personalidade torna-se maleável, cingindo uma cifra ilimitada de hipóteses que apenas poderão ser restringidas pela tutela de outro direito de mesma ordem, ou seja, de outro direito da personalidade.¹⁶⁷

Rompendo o legado teórico e metodológico do Estado Social, inaugura-se hodiernamente, a partir de uma crise sistêmica, uma era assinalada pela tendência normativo-cultural de *despersonalização*, na qual gradualmente o existencialismo vai se concretizando em detrimento da patrimonialidade, de modo que não se projeta uma redução quantitativa do teor patrimonial do sistema jurídico, mas uma readequação qualitativa do momento econômico, a fim de “atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.¹⁶⁸

Atendendo a denominação de *pós-modernidade*, este paradigma é marcado por aparentes lacunas legislativas, por meio das quais descreve-se o descompasso das projeções e fatos sociais em face das prescrições normativas, isto

¹⁶⁶ NEGREIROS, 2006, p. 422.

¹⁶⁷ MORAES, 2010, p. 127-128.

¹⁶⁸ PERLINGIERI, 2007, p. 33.

é, uma “revolta dos fatos contra o código”.¹⁶⁹ Superando o conceito insuficiente de direito subjetivo e, por conseguinte de relação jurídica, a teoria clássica da subsunção não se revela razoável a descrever, por via de regra, a sistemática jurídico-social: muitos dos fatos *in concreto* não encontram compatibilidade com a norma legal *in abstracto*. Como resultado, a atipicidade revela significativo atributo desse contemporâneo Estado Democrático de Direito.

E por assim dizer, sob a ótica das situações jurídicas subjetivas *existenciais*, necessário se faz reconhecer a tutelabilidade de tais interesses juridicamente relevantes, ainda que não descritos por um dispositivo fechado do código, eis que do contrário, implicaria sustentar a existência de uma contradição no próprio sistema.

Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso. É preciso evitar generalizações. Não se determina a tutelabilidade de um direito se não se examina em qual outra situação ele influi.¹⁷⁰

No contexto das relações privadas, sobretudo no campo negocial, entende-se que com o paradigma da pós-modernidade, o conceito de contrato elasteceu-se a ponto de tornar possível a pactuação de conteúdo existencial, acordos cujo objeto reflita “o mínimo existencial das pessoas, o que lhes confere o caráter de essencialidade, no sentido de que acessam bem jurídicos fundamentais como a liberdade, a honra, a moradia, a educação etc.”¹⁷¹

Para a orientação dessas situações, cujo objeto é a própria existência da pessoa humana, a predecessora acepção de autonomia privada, afeita ao viés patrimonialista, não se faz eficiente, visto que “a existência do indivíduo não pode encontrar limitações pelo Estado, nem por terceiros.”¹⁷² Nesse ínterim, exsurge o conceito de autodeterminação, “como reflexo de uma autonomia privada voltada ao poder decisório do homem quanto às condições de sua própria existência”.¹⁷³

¹⁶⁹ MORIN, Gaston. **La revolte du Droit contre le code**. Paris: Sirey, 1945.

¹⁷⁰ PERLINGIERI, 2007, p. 157.

¹⁷¹ 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: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 150-151.

¹⁷² LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 13-14.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 17.

A autodeterminação, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências (RIBEIRO, 1999, p. 22).

[...] prefere-se o termo autodeterminação, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art.1º, inciso III), pois realiza a dignidade da pessoa humana, sob a óptica do personalismo ético-social e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.¹⁷⁴

A grosso modo, para uns, a autodeterminação funcionaria como reflexo da autonomia privada, aplicada exclusivamente aos negócios existenciais, de tal sorte que a autonomia privada subsistiria em relação aos negócios patrimoniais.¹⁷⁵ Para outros, a autodeterminação assumiria caráter mais amplo, abrangendo tanto interesses patrimoniais, quanto existenciais.¹⁷⁶ Contudo, apesar dessa dissonância, uma coisa é certa: os negócios jurídicos não ficaram mais restritos à seara patrimonial, transitando também, pela própria existência dos sujeitos.¹⁷⁷

Enquanto um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de natureza ontológica, fundado em uma “abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não”, o plano da autodeterminação alocar-se-ia “no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências.”¹⁷⁸

Por todo exposto, assim como nos demais campos jurídicos, a seara negocial reflete o teor histórico-cultural do Direito, caminhando paralelamente às formatações do Estado, a fim de atender as urgências sociais da época. Rompendo com o totalitarismo próprio do absolutismo monárquico, o paradigma clássico do

¹⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126-127.

¹⁷⁵ Cita-se como exemplo, as autoras Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo; Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral: “retoma-se a preocupação com a autonomia, batizada para as questões existenciais como autodeterminação do próprio indivíduo, operador de sua existência.” Assim, “porque a liberdade perpassou a ideia de autonomia da vontade e autonomia privada, concebendo-se hoje, a ideia de autodeterminação, como reflexo de uma autonomia privada voltada ao poder decisório do homem quanto às condições de sua própria existência.”

LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 13-14, 17.

¹⁷⁶ Cita-se como exemplo, o autor Otavio Luiz Rodrigues Junior, para o qual: “a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião [...]”.

RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 127.

¹⁷⁷ FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia dos pacientes com transtorno mental à luz dos negócios jurídicos. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v.7, n.1, p.77-97, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/7905/pdf>. Acesso em: 17 set. 2022, p. 84.

¹⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126.

negócio jurídico concedeu à vontade o posto máximo reinante de uma sociedade liberal. Com as alterações impressas na coletividade pelo período pós-guerras, as disparidades econômicas até então camufladas pela liberdade e igualdade formal ganharam foco, demandando, do corpo coletivo, alternativas que refletissem a dignidade do indivíduo, agora *pessoa humana*, à luz da igualdade material. Sob bases ainda patrimoniais, os interesses passíveis de tutela passam a irradiar a solidariedade, valor típico de um Estado fundado no bem-estar social. Como visto, as transformações talhadas na humanidade não cessaram com a via moderna, de tal sorte que aos interesses patrimoniais, uniram-se em análoga relevância, prerrogativas de ordem existencial: inaugura-se, pois, a pós-modernidade axiologicamente assentada da autodeterminação.

À vista disso, a transição entre os paradigmas é assinalada por alterações na própria estrutura da sociedade e, inclusive no seu modo de enxergar seus agentes. Passa-se do sujeito abstrato à pessoa *in concreto*, espelhando as particularidades humanas como atributos que paradoxalmente identificam e distinguem os sujeitos, estes associados na ânsia por abrigarem situações jurídicas subjetivas, sobretudo existenciais.

2.2.1 Liberdade como Função: Modulação Axiológica da Liberdade Contratual à luz do Paradigma Negocial da Pós-modernidade

Ao conceito de liberdade se atribuíram diversos conteúdos valorativos, estando, assim, sujeito a diferentes interpretações e significações a depender do momento histórico a que se vincula. Concebida na antiguidade a partir das premências políticas de uma sociedade antiga, com a emergência dos Estados Liberais à liberdade incrementou-se a premissa da individualidade, dando gênese à liberdade contratual.

Por efeito do posterior surgimento de um governo de bem-estar social, seus substratos calcados na solidariedade e na dignidade humana deram azo à principiologia da funcionalização, por meio da qual a liberdade contratual¹⁷⁹ passou a

¹⁷⁹ No que tange a liberdade contratual, urge pontuar a diferença conceitual para com a liberdade de contratar. A liberdade de contratar diz respeito ao direito do sujeito de poder celebrar contratos, logo, possui “desde que capaz de realizar o contrato”. Já a liberdade contratual refere-se a possibilidade de escolher o conteúdo do contrato, isto é, é o “poder de livremente discutir as cláusulas do contrato”. RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 123.

ser alicerçada. Hodiernamente, o momento de hipercomplexidade¹⁸⁰ partilhado pela sociedade pós-moderna acresceu à *liberdade como função*, contornos de existencialidade, modulando suas bases axiológicas para fazer frente às carências humanas atuais.

Diversamente dos tempos antigos,¹⁸¹ onde o homem vivia em um tipo de simbiose com a natureza e a liberdade assumia o contorno de “submissão completa do indivíduo à autoridade do todo”,¹⁸² no mundo pós-revoluções burguesas adere-se à noção de liberdade política a preocupação com as liberdades individuais. Juntamente com o Estado Liberal e as bases clássicas contratuais, nasce o ideal da máxima liberdade partilhada pelos indivíduos, restringindo-se tão somente diante potencialidade de se gerar danos à terceiros.¹⁸³

Segundo a teoria de John Stuart Mill, a liberdade emanaria como um coeficiente garantidor de um espaço autônomo e independente de toda a ingerência estatal, mantenedora da individualidade das concepções da vida de cada sujeito, limitados apenas na prejudicialidade das ações de terceiros.¹⁸⁴

Ainda no seio moderno, esse princípio encontra raízes dúplices, especialmente no que toca a sua qualificação enquanto liberdade positiva e negativa. No que se refere ao seu conceito positivo, a liberdade aproxima-se da sua feição para os antigos – liberdade política –, na ânsia por responder o questionamento acerca de por quem a autoridade seria exercida.¹⁸⁵ Assim, nesse ponto, promove-se um recorte metodológico a fim de ocupar-se de sua matiz negativa.

Isto posto, a liberdade negativa conjectura um espaço de não intervenção, de ausência de impedimentos ou obstáculos, para o livre exercício de

¹⁸⁰ AZEVEDO, 1998, p. 115.

¹⁸¹ Nos dizeres de Benjamin Constant, “assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.”

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *In*: MONTEIRO, João Paulo e ou. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985, p. 11.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ MILL, John Stuart. **Da liberdade**. Tradução de: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963, p. 93.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 87.

¹⁸⁵ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In*: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 131.

ações que ostensivamente se deseja realizar; logo, é definida como ausência de impedimentos, sendo o sujeito *livre* para fazer aquilo que a lei permite, sem ingerência de outrem. A liberdade enraíza-se, portanto, na “ausência de ações que podem criar impedimentos arbitrários e indevidos à livre atividade do sujeito”.¹⁸⁶

Para Isaiah Berlin, um sujeito é livre – liberdade negativa – “na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém”.¹⁸⁷ Não há, portanto, liberdade quando um sujeito é por outro impedido de fazer algo que de outro modo poderia, tampouco é livre o sujeito que é impedido de agir, não em virtude da lei, mas de sua condição econômica.

Diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros. Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente, escravizado.¹⁸⁸

Pensada como proteção de uma soberania individual em um espaço de autorregulação dos interesses privados, concebe-se a liberdade contratual, forjada subjetivamente em consonância com a autonomia da vontade, a partir da qual, os sujeitos eram livres para pactuarem acerca de seus interesses, irrestritamente.¹⁸⁹

Desse modo, sob o enfoque do paradigma negocial clássico a liberdade – em sua acepção negativa – encontrou seu palco máximo, de tal sorte que não apenas era possível eleger com quem contratar livremente, mas aos indivíduos era conferido o poder de escolher o conteúdo de suas tratativas, estando a mercê, unicamente, de suas vontades individuais. Nessa sistemática, a liberdade era entendida a partir da privação da interferência do Estado, de modo que a relação entre lei e liberdade era puramente extrínseca, isto é, a lei em si mesma não seria hábil a promover-la, mas corresponderia contra ela, uma agressão/limitação.¹⁹⁰

¹⁸⁶ RAMOS, Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, v. 34, n.1, p.43-66, 2011, p. 46.

¹⁸⁷ BERLIN, 2002, p. 136.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ LIMA, Caroline M. Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. Os contratos existenciais e os contratos de lucro: aplicabilidade à luz dos princípios contratuais. In: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (org.). **Direito contratual contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019, p. 40-43.

¹⁹⁰ PETTIT, Philip. Liberalismo y republicanismo. In: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). **Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad**. Barcelona: Paidós, 2004, p. 123.

À luz da abstratividade e do voluntarismo, conferia-se a determinadas relações patrimoniais o posto de relevância jurídica, diante de sua correspondência normativa – direito objetivo. Assim, os indivíduos – sujeito de direitos – exerciam os direitos subjetivos que lhes competiam e, ao exigirem de outrem a adoção de certo comportamento, operavam, por conseguinte, no seu próprio espaço de liberdade.

Com a transição do paradigma clássico ao moderno e, as respectivas alterações no seio coletivo, instala-se a solidariedade enquanto princípio fundante de uma ordem de bem-estar social. Nessa lógica, aos interesses particulares somam-se às preocupações coletivas, a fim de se tutelar a pessoa humana tanto em sua dimensão individual quanto coletiva. O Estado deixa de operar enquanto personagem de figuração, cuja atuação voltava-se limitadamente no sentido de assegurar a materialização das vontades individuais, para tornar-se um agente fundamental na gestão das relações intersubjetivas.

Abandona-se a abstração e, assim como o sujeito de direito teórico e genérico passa a ser concebido em sua dimensão concreta, por via de um conceito de pessoa, a liberdade contatual, até então extensiva e irrestrita é suplantada por uma percepção à luz de um alicerce tangível, a alteridade: é certo que o amadurecimento dos sujeitos se dá intersubjetivamente, contudo, ao estar inserido em um contexto social, é irrazoável desprezar o relacionamento com outros indivíduos, isto é, a vida em sociedade.

O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (*rectius*, coexistir). A concepção outrora dominante teve, por longo tempo, o homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe em quanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo.¹⁹¹

Adjunto a tábua axiológica contratual moderna, ressalta-se o desenvolvimento da funcionalização social, como reconhecimento e valoração dos efeitos que os negócios jurídicos produzem na coletividade. A liberdade passou a ser concebida a partir da socialidade, e à autonomia uniu-se a qualificação de privada em detrimento da vontade.

A função social, nesse aspecto, não se tornou um fator limitante da

¹⁹¹ MORAES, 2010, p. 240.

liberdade, mas o próprio instrumento concreto de seu exercício, ao considerar os desígnios humanos dentro de uma perspectiva coletiva, balizada e harmonizada pela ordem pública. Em outras palavras:

É nesse sentido, portanto, que a categoria função é empregada na hipótese que se está a cogitar ao longo deste trabalho. Não se trata, portanto, de função como liberdade(s) que se dirige a um todo unívoco, totalizante e abstrato. Tampouco se trata de funcionalização da liberdade a algo, mas, sim, de algo (os institutos do Direito Civil) funcionalizado à liberdade. O fato de essa liberdade se referir a um destinatário não a desqualifica como liberdade, uma vez que, como exposto acima, esse destinatário não é um todo social pensado como abstração, mas, na verdade, múltiplos destinatários em suas relações intersubjetivas compondo concretamente a sociedade.¹⁹²

Não se trata, portanto, de promover uma tese singelamente funcionalista, mas compreender os entrelaçamentos principiológicos que o momento histórico exige dos institutos privados. Tampouco se dedica a conceber a funcionalização da liberdade aos interesses de uma sociedade em geral, mas associar a liberdade aos anseios de uma pessoa, indivíduo concreto e real que, apesar de suas vontades particulares relaciona-se com outros sujeitos, também senhores de seus próprios anseios, em um cenário chamado sociedade.

A autoconstituição dos sujeitos é sempre intersubjetiva, contudo, inserta em uma rede de relações sociais que antecedem o próprio indivíduo: assim, ao mesmo tempo que constrói a subjetividade, o ser humano é constituído pela coexistência. A realização da liberdade por um sujeito importa recíproco exercício da liberdade por outro e, nessa medida, a liberdade comparte raízes com a solidariedade.¹⁹³ Isso implica dizer que não se é livre sozinho, porquanto a liberdade é sempre coexistencial.¹⁹⁴

Não se objetiva com a funcionalização do contrato que a liberdade

¹⁹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2009. 395f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/?sequence=1>. Acesso em: 30 set. 2022, p. 163.

¹⁹³ Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “do ponto de vista jurídico [...], a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da ‘igual dignidade social’. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma leitura Civil-constitucional dos Danos Morais. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 114.

¹⁹⁴ RUZYK, op. cit., p. 375.

negocial antes direcionada abstratamente à efetivação da vontade do sujeito de direito passe a valorar, generalizadamente, os desígnios da sociedade como um todo. Subsiste sob o domínio dos indivíduos a aptidão para deliberar sobre o conteúdo de seus pactos, contudo, agora concebidos *in concreto*, como pessoa que interage e é interdependente de outros, socialmente.

Como se vê argumentando, as transformações sociais e jurídicas não se limitaram à passagem do sujeito à pessoa, na continuidade da tutela de bens meramente patrimoniais. A esses objetos somaram-se interesses de ordem existencial que, apesar de não previstos pelas codificações, geravam relevantes consequências jurídicas.

A partir da concepção tradicional de direitos subjetivos, o indivíduo que não se enquadrava nas relações objetivamente previstas em *fattispecies* não integrava, efetivamente, a condição de sujeito de direitos e, nessa linha, não se inseria no âmbito das liberdades juridicamente protegidas.¹⁹⁵ Com o advento das chamadas situações jurídicas subjetivas, especialmente no âmbito existencial, a liberdade como função fora ampliada, a fim de amparar, outrossim, as necessidades dessa sociedade hipercomplexa.

O enclausuramento da liberdade no discurso formal dos códigos é avesso à afirmação de seu valor, logo, com o paradigma negocial pós-moderno inaugura-se a tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo, permitindo que os sujeitos deliberem, inclusive, sobre perspectivas existenciais. Sob a qualificação relacional, a autonomia e, nesse recorte, a liberdade passa a ser vislumbrada não apenas como fonte de legitimação dos interesses privados, endossando, assim, a ideia da sua conformação com uma rede social, cultural e econômica, por meio da qual, a liberdade deve transitar e, respeitar.¹⁹⁶

Essa liberdade não é manifestamente genérica, visto que esse patrimônio mínimo personalíssimo traduz o exercício da liberdade como função na

¹⁹⁵ FACHIN, 2012, p. 103.

¹⁹⁶ No que se refere a autonomia relacional e, portanto, a essa concepção pós-moderna de liberdade contratual, “[...] o termo ‘autonomia relacional’ refere-se à concepção de autonomia que a vincula aos aspectos sociais da vida do indivíduo, ou seja, sua conexão integral com a política, economia, raça, sexo, cultura, experiências de vida, interações com outros e anseios pessoais. Em uma abordagem relacional, a autonomia emerge de dentro e em decorrência dos relacionamentos existentes, e as relações com os outros e com as instituições sociais suportam ou limitam a autonomia.”
PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.19, n.1, p. 32-49, mar./jun. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148123/141735>. Acesso em: 19 nov. 2022, p. 41.

contemporaneidade e, se concretiza a partir da tutela da pessoa *in concreto*. Logo, às pessoas é permitido pactuarem sobre negócios envolvendo o próprio corpo, a própria vida, mas não atômica e irrestritamente. Há, pois, um conteúdo pétreo, sobre o qual não se pode ceder ou renunciar, ainda que mediante uma vontade negocial.

Esse conteúdo mínimo, patrimônio pétreo personalíssimo condiz, na sistemática atual, à dignidade da pessoa humana, conceito aberto e indeterminado que carece de parâmetros materiais de hermenêutica, diante da aplicação aos casos concretos. À vista disso, faz-se necessário a adoção de critérios que tornem tal conceito mais palpável, sobretudo no âmbito interpretativo dos avanços médicos e científicos.

Nesse ínterim, propõe Maria Celina Bodin de Moraes a decomposição do substrato material da dignidade em quatro postulados, quais sejam: a igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade,¹⁹⁷ visto que

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado.¹⁹⁸

O princípio da igualdade é a primeira manifestação da decomposição do fundamento jurídico da dignidade humana em postulados. Com efeito, no abandono da perspectiva individualista em prol da solidariedade social, a consagração da igualdade em seu aspecto material teve por fito o enfrentamento das desigualdades concretas no contexto das sociedades contemporâneas.

Assim, o direito de não receber tratamento discriminatório em relação a outro indivíduo em idênticas condições sociais, econômicas e psicológicas, sem adequada fundamentação jurídica – *ratio* –, consagra o *reconhecimento*, enquanto acepção que permite uma “dialética do mesmo com o outro”.¹⁹⁹ Partindo de um corpo coletivo multicultural e plural,

¹⁹⁷ “De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.”

MORAES, 2010, p. 85.

¹⁹⁸ MORAES, 2017, p. 85.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 88.

O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos.²⁰⁰

No que tange a proteção à integridade psicofísica, contempla-se, hodiernamente, um verdadeiro “direito à saúde”. Ante a multiplicação de dilemas presentes com o desenvolvimento da biotecnologia, densifica-se a dignidade a partir desse critério, ao instituir que o interesse e bem-estar das pessoas deve prevalecer diante de eventuais benesses restritas à ciência.

A regra expressa de não instrumentalização do ser humano implica que este, em tempo algum, poderá ser considerado “objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas.”²⁰¹ Se nenhum tratamento degradante poderá ser imposto, tampouco poderá ser realizada experiência sobre o indivíduo sem seu expresso e informado consentimento, a integridade psicofísica une-se aos demais postulados a fim de tecer as impressões acerca da atual esfera da liberdade individual, isto é, das balizas sobre a disposição dos corpos e mentes humanas.

Nessa lógica, a liberdade²⁰² integra, coerentemente, parcela do substrato material do próprio valor da pessoa humana e, adjunta à solidariedade social, promove o espaço onde o sujeito *in concreto* exercer sua capacidade de escolha autônoma, especialmente no que se refere a objetos extrapatrimoniais.

Como alhures posto, a solidariedade impressa no século XX, deriva da consciência racional dos interesses comunitários dos sujeitos²⁰³ e, diante de uma liberdade contratual clássica, adere-a como função. A afirmação de uma dimensão funcional do Direito Civil, na contemporaneidade, tem por fundamento a proteção e o incremento da liberdade, enquanto um conceito plural, nascido em berços liberais, ulteriormente ressignificado pela via moderna, no âmbito da personalização dos institutos privados em consonância com os valores jurídicos centrados na pessoa

²⁰⁰ MORAES, 2010, p. 92.

²⁰¹ MORAES, 2017, p. 99.

²⁰² Diante do termo “liberdade”, urge ressaltar a multidimensionalidade desse conceito, de tal sorte que a liberdade, nesse contexto, condiz ao espaço reservado às escolhas autônomas dos sujeitos, desatreladas de interferências de qualquer gênero, sobretudo no âmbito do projeto de vida. Nessa lógica, refere-se a uma significação distinta daquela conferida ao vocábulo “liberdade” quando associada à qualificação “contratual”. Logo, não obstante sejam conceitos relacionais, especialmente ante às premências da pós-modernidade, não são sinônimos.

²⁰³ *Ibid.*, p. 102-117.

humana.²⁰⁴

Destarte, partindo dessa construção histórica e axiológica, a compreensão da dimensão da liberdade contratual nos tempos pós-modernos – o que pode ser objeto de pactuação –, no âmbito existencial dos avanços da medicina preditiva será, satisfatoriamente, melhor desenvolvida nos capítulos posteriores, em especial, após as observações e delimitações dos conceitos e dilemas científicos adstritos à manipulação genética.

²⁰⁴ RUZYK, 2009, p. 374-380.

3 TÉCNICAS DE MANIPULAÇÃO GENÉTICA: UM HIATO ENTRE O CIENTIFICAMENTE POSSÍVEL E O ÉTICAMENTE ADMITIDO

Apesar de não possuir instintos naturais tão aguçados quanto os demais animais, o império da humanidade ostenta a razão, o entendimento e a curiosidade enquanto capacidades subjetivas hábeis a compensar as debilidades estruturais e as carências instintivas que circundam os seres humanos. À revelia do pessimismo estrutural acerca da vocação dos indivíduos para a sobrevivência no mundo original, por meio da técnica e da ciência, os sujeitos rompem com tais predeterminações, autoconsagrando sua emancipação para com a natureza.

À vista disso, o homem se utiliza de ferramentas, o qual as constrói e delas depende, de tal sorte que o progresso técnico somado à capacidade de perquirir o conhecimento “neutraliza o fatalismo e incrementa o poder de decisão dos humanos”.²⁰⁵ Nessa lógica, o mundo tal como atualmente se concebe, amparado pela ciência e envolto pela técnica, não decorre de uma casualidade, mas apresenta-se como produto de um progresso advindo dos esforços da espécie humana ao longo das épocas, a fim de suprir as fragilidades inatas de sua natureza e lograr a preservação de sua existência.²⁰⁶

A vida num mundo inventado, criado e mantido por seres humanos é o destino natural de nossa espécie. No início, tratava-se de conseguir o mínimo da natureza para garantir a sobrevivência. Com o passar do tempo, o homem desloca sempre mais para frente os limites que lhe são impostos naturalmente, amplia seu raio de ação, emancipa-se da natureza pela técnica, limitando os poderes do destino. Ciência e técnica libertam os humanos do fatalismo que esmaga mentes e para corações. Não faz muito tempo que, no início e no fim da existência, ainda não se encontrava o homem, mas a natureza. Há algumas décadas, porém, decisões humanas começam a ocupar o lugar de eventos naturais que, diferentemente dos últimos, não podem ser aceitas sem um adequado suporte de razões, valores e cuidados especiais.²⁰⁷

²⁰⁵ HECK, José. **Bioética: autpreservação, enigmas e responsabilidade**. Florianópolis: Editora UFSC, 2011, p. 96.

²⁰⁶ “O ininterrupto incremento da qualidade de vida por meio do desenvolvimento técnico explica-se não apenas pelo fato de que o homem é um ser que faz e usa ferramentas, mas porque é um animal que apodera-se do conhecimento. Não é de agora que os homens adquirem saber, não é apenas em nosso tempo que se vive numa sociedade do conhecimento. A sociedade humana foi, desde sempre, uma sociedade do conhecimento. Também o saber do homem tem uma história, do mesmo modo que as suas ferramentas, e ambas as histórias têm muito a ver uma com a outra, uma vez que se encontram intimamente entrelaçadas e pertencem ao mesmo destino.”

Ibid.

²⁰⁷ Ibid., p. 97.

Partindo da maestria epistemológica do homem, sua racionalidade oportuniza o desenvolvimento dos alicerces da ciência, a tal ponto que as inovações tecnológicas, cada vez mais frequentes, permitem que a humanidade alce voos gradativamente mais longínquos, rumo a referenciais que antes eram vistos apenas como utopias.

No terreno da medicina, o desenvolvimento da biotecnologia e da engenharia genética, conferiram às relações sociais, sobretudo às interações familiares,²⁰⁸ contornos distintos daqueles tradicionalmente institucionalizados. À luz da expectativa adstrita às técnicas de reprodução assistida, promoveu-se uma dessacralização da natureza, arquitetando-se, em sujeitos antes eivados de infertilidade²⁰⁹ e/ou esterilidade,²¹⁰ a esperança da concepção.

O clássico entendimento que concebia a reprodução a partir da conexão física entre homem e mulher e, conseqüentemente atribuía a paternidade/maternidade ao liame sanguíneo teve seus contornos elásticos pelas novas perspectivas apresentadas pela tecnologia: a filiação desatrelou-se do sangue em prol da afetividade – a exemplo das gestações por substituição –, ao passo que ao projeto parental²¹¹ de sujeitos inférteis – que até então contemplava apenas a

²⁰⁸ “As inovações oriundas do desenvolvimento acelerado das ciências biotecnológicas e biomédicas, principalmente a partir da segunda metade do século XX, marcaram profundamente as relações sociais, sobretudo as familiares, e pressionaram a ciência do Direito a repensar e reformular institutos que se encontravam sedimentados no ‘mundo natural’, restando, assim, ao campo jurídico tentar acompanhar esse progresso de modo a proporcionar segurança nessas relações emergentes.”

ALMEIDA, Vitor. O alcance da proteção do nascituro no direito brasileiro em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 37.

²⁰⁹ Segundo a Organização Mundial da Saúde, “infertility is a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse.”

Tradução livre: “infertilidade é uma disfunção no sistema reprodutor masculino ou feminino definido pela falha em conseguir engravidar depois de 12 meses ou mais de relação sexual regular e sem proteção.”

WORLD HEALTH ORGANIZATION. s/d. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/infertility#tab=tab_1. Acesso em: 20 out. 2022.

²¹⁰ No que toca a esterilidade, urge ressaltar, que apenas uma pequena parcela populacional é acometida desse distúrbio. Diferente da infertilidade, a esterilidade consiste em um distúrbio ou má-formação irreversível e permanente, onde o sujeito por ela acometido torna-se incapaz de se reproduzir a partir de relações sexuais e/ou mediante tratamento médico.

OLIVEIRA, Flávio Garcia de. **Diferença entre fertilidade, infertilidade e esterilidade**. 2020, FGO Clínica de Fertilidade. Disponível em: <https://clinicafgo.com.br/noticias/diferenca-entre-fertilidade-infertilidade-e-esterilidade/>. Acesso em: 20 out. 2022.

²¹¹ “O desenvolvimento da tecnologia biomédica aliado à expansão, na esfera jurídica, dos espaços de autonomia existencial propiciaram o reconhecimento do merecimento de tutela de uma verdadeira autonomia reprodutiva. A partir, principalmente, de movimentos reivindicatórios das mulheres ao longo do século XX, a autonomia reprodutiva compreende não apenas direitos reprodutivos de conteúdo negativo, isto é, uma defesa contra qualquer ingerência, privação ou limitação da liberdade de escolha quanto a procriar ou não, como também o direito positivo de decidir se, quando e como procriar e

adoção – cresceu-se a promessa da descendência biológica.

Não bastassem as técnicas de procriação medicamente assistida, os avanços biotecnológicos alastraram-se para além dos métodos de reprodução. As diagnoses e terapias outrora restritas aos sujeitos já nascidos, tiveram sua abstração ressignificada, a fim de permitir a identificação de possíveis condições patológicas²¹² e, o seu consequente tratamento,²¹³ desde o estágio inicial de desenvolvimento do embrião.²¹⁴ Não é mais crível aguardar o nascimento do indivíduo para a adoção de práticas terapêuticas. Em sendo o caso, as terapias podem ser realizadas durante a gestação ou, inclusive em momento prévio à implantação do embrião no útero feminino.²¹⁵

Nesse cenário orientado pela engenharia genética exsurge uma série de dilemas, exteriorizados, substancialmente, pelo receio de uma bipartição subjetiva entre o que naturalmente é concebido e o que é tecnicamente fabricado. O temor de uma autocracia da “perfeição”, em detrimento da dignidade humana, tem impulsionado as eventuais objeções acerca das pactuações envolvendo as técnicas de manipulação genética, sobretudo à luz de balizas éticas.

Assim, inserto em uma era do biopoder,²¹⁶ à esfera de proteção do

desenvolver a atividade de genitor. ”

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217.

²¹² Diagnóstico genético.

²¹³ Terapias gênicas.

²¹⁴ Nesse ponto, urge salientar as diversas denominações a depender do estágio de desenvolvimento. Zigoto é o nome conferido ao primeiro estágio de desenvolvimento embrionário, isto é, estágio celular inicial após a fecundação do gameta feminino pelo masculino. Embrião é a denominação conferida ao zigoto após o início de uma sequência de divisões celulares consecutivas – clivagens –, ao passo que emprega-se o termo feto, a partir da 9ª semana, quando os órgãos formados na fase embrionária vão se desenvolver até o ponto que permitam a vida extrauterina.

SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B., BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. **Larsen Embriologia Humana**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2016. E-book, p. 21-22.

²¹⁵ “Os avanços que a ciência médica, no campo da genética e da reprodução humana, conheceu na segunda metade do século XX colocaram novos e importantes desafios ao Direito. A investigação científica que, mais tarde, ficaria conhecida por “engenharia genética”, começou verdadeiramente aí, sobretudo a partir de trabalhos de investigação iniciados na década de 60. Entre as biotécnicas saídas desses estudos destacam-se a inseminação artificial de ovócitos no corpo da mulher, a fecundação ou fertilização *in vitro*, seguida de transferência de embriões para o útero materno, a congelação de gametas masculinos e femininos, a criopreservação de embriões criados *in vitro* e não transferidos para o útero materno e a possibilidade de diagnosticar doenças genéticas antes do nascimento (diagnóstico genético pré-implantatório) utilizando técnicas como a amniocentese.”

REIS, Rafael Luís Vale e. **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. Coimbra: Coimbra Editores, 2008, p. 321-322.

²¹⁶ “A atividade biotecnológica nesse limiar do século XXI tornou-se um instrumento de poder. Assim, como principais impactos da biotecnologia, podemos apontar: a biologização do ser humano e a ausência de limites biológicos; a busca da ausência de enfermidades (imortalidade?); o

homem pós-moderno crescem-se interesses de ordem existencial e, dado esse panorama, popularizam-se gradativamente a celebração dos chamados negócios *biojurídicos*.

Nesse ínterim, antes de tecer propriamente os marcos acerca da esfera de autodeterminação e liberdade contratual das pessoas diante do objeto negocial extrapatrimonial, afeto às diagnoses e terapias gênicas, razoável se mostra a construção das bases éticas e jurídicas que se estendem pelo ordenamento contemporâneo, porquanto todas essas realidades científicas contestaram “o surgimento da vida humana como um fenômeno absolutamente incontrolado pelo homem”.²¹⁷

Paralelamente às inquietações adstritas à mecanização e monetarização do indivíduo, ramificam-se as preocupações éticas e jurídicas a respeito da aparente antinomia entre a adoção de técnicas de manipulação genética *versus* o respeito para com as pessoas apartadas de um determinado *padrão*.

A confirmação principiológica da Bioética, em consonância com as bases teóricas do Biodireito mostram-se fundamentais na edificação de um arcabouço legítimo que venha a normatizar essas situações jurídicas existenciais. Com efeito, a vulgarização de tais práticas, as inserem progressivamente no cotidiano dos privados, demandando do Estado um grau de tutela que corresponda à sua relevância.

De fato, o progresso científico e a segurança do direito caminham a passos desalinhados. O contexto humano e finalístico atribuído ao *locus* ocupado pela dignidade no ordenamento atual, vêm alterando a visibilidade jurídico-social da biotecnologia e, conseqüentemente seu impacto no contexto coletivo, ao içar sobre as transformações técnico-científicas a reflexão de que nem tudo o que é cientificamente possível é, de mesmo modo, eticamente considerável. Introduz-se, a partir da sistemática do Biodireito e da Bioética travas à ciência, buscando erigir certa harmonia entre a solidez ética-jurídica e a dinamicidade tecnológica, especialmente ante a uma

desenvolvimento de debates bioéticos; a transmutação de valores; a criação de novos direitos – o biodireito; a passagem da medicina preventiva para a medicina preditiva; o desequilíbrio ecológico das espécies; a monetarização da vida; mudanças de paradigmas; a exploração de novos ramos de experimentação científica (clonagem, células-tronco, reprodução assistida, manipulação genética); análise dos interesses econômicos de mercado; implementação de políticas públicas; aumento da necessidade de cooperação internacional; alteração na formação da família e na identificação do ser humano.”

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4.ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 40.

²¹⁷ REIS, 2008, p. 324.

apropriação contemporânea da concepção de biopoder.

3.1 “DOCILIZAÇÃO” DOS CORPOS HUMANOS: RIQUEZA ESTRATÉGICA DO BIOPODER E SEU RESPECTIVO JUÍZO CRÍTICO NA PÓS-MODERNIDADE

Por certo, com a introdução das bases liberais e positivistas na ordem sistêmica mundial, o incremento à estrutura privada, fundada em sujeitos de direitos *livres e iguais* – ainda que formalmente – desencadeou um estímulo ao desenvolvimento tecnológico do homem e, nessa seara, da própria ciência. Ao corpo que até então, era tão só, concebido naturalmente incorporaram-se as expectativas de planejamento e ingerência biotecnológica.

Acompanhando as transfigurações no corpo social, o campo político não se manteve incólume, erigindo-se, com a aceção de *biopoder*, a compreensão do progresso como a “nova religião criada pelo homem, resultante da sua ruptura com o *logos* divino.”²¹⁸ A partir das revoluções técnico-científicas dos séculos XVII e XVIII, a ordem existente fora subvertida em virtude do processo de medicalização, dado o surgimento dos constantes desafios e questionamentos à lei natural, considerada sólida na época.²¹⁹

O conhecimento científico, em todas as suas dimensões, encontrou na área médica uma de suas principais ferramentas, no intuito de tornar a vida humana objeto de seu saber teórico. Ao desvendar certas incógnitas naturais, pertencentes à ótica do “sagrado”, o homem começou a forjar um plano de usurpação da tarefa divina em criar um universo à sua imagem e semelhança.²²⁰ Para tanto, necessário foi desafiar a figura de Deus, promovendo uma alteração no modo de exercício do poder soberano que até então vigia.²²¹

A vida biológica começa a se converter em objeto da política, em

²¹⁸ BIRMAN, Joel. Arquivo da biopolítica. In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005, p. 36.

²¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A proteção da Pessoa Humana no limiar do século XXI: O florescer da Biopolítica. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. X.

²²⁰ BIRMAN, op. cit., p. 32-33.

²²¹ “Neste cenário imbrica-se outro fenômeno: desde a época clássica o Ocidente assistia a uma profunda transformação no modo de exercício do poder soberano que tinha no direito de vida e morte sobre seus súditos, um de seus privilégios característicos.”

BARBOZA, op. cit., p. X.

detrimento de um obsoleto poder inspirado na lógica do *patria potestas*,²²² no qual predominava-se um poder soberano que, na esfera de governança de seus súditos, operava-se pelo fazer morrer e pelo deixar viver.

Nesse contexto, a prerrogativa de fazer morrer e deixar viver que naquele tempo qualificava o dispositivo da soberania torna-se apenas uma engrenagem a mais nos dispositivos de poder da época, diante da inversão de atribuição que se promove entre a morte e a vida. Assim, durante milênios “o homem [...] permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política”. Contudo, a partir do descortinar do “limiar de modernidade biológica”, o sujeito tornou-se um “animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”²²³ Com essa inferência biológica nos mecanismos de poder, emerge o *biopoder* e, conseqüentemente, a *disciplina* e a *biopolítica*.

O pretérito direito de promover a morte e tolerar a vida foi substituído pelo poder de causar a vida e conformar-se com a morte. À vista disso, é na vida que a seara do *biopoder* estabelece seus pontos de fixação, de tal sorte que a morte se converte no “ponto mais secreto da existência, o mais privado.”²²⁴ Diversamente da manifestação de poder de outrora, onde o soberano valia-se do poder de morte para governar, o *biopoder* para Foucault conforma-se, portanto, com as práticas de promoção e incremento da vida, entendendo como política estatal a ingerência no corpo e na saúde dos seus cidadãos, para a constituição de sistemas de controle eficazes e econômicos.

Em outras palavras, o poder abstém-se de qualificar-se por meio da morte e passa a fazê-lo atendendo a gerência da vida. O *biopoder* adota, simultaneamente, uma estratégia de defesa e preservação da força representada pela vida dos indivíduos, vida esta que passa a muito interessar, “não em nome de uma pretensa filantropia, mas porque ela é essencialmente força de trabalho, isto é, produção de valor.” Isto posto, a vida “só é útil porque é, ao mesmo tempo, sã e dócil, ou seja, medicalizada e disciplinarizada.”²²⁵

²²² O *patria potestas* desenvolveu-se no período clássico como um “mecanismo jurídico que concedia ao pai de família romano o direito de dispor da vida dos filhos, uma vez que a tinha dado.” BERTOLINI, Jeferson. O conceito de *biopoder* em Foucault: apontamentos bibliográficos. **Saberes: Revista Interdisciplinar de Filosofia e Educação**, Ponta Grossa, v. 18, n. 3, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/15937>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 88.

²²³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de: Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhon Albuquerque. 22.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012, p. 156.

²²⁴ *Ibid.*, p. 151.

²²⁵ REVEL, Judith. Nas origens do biopolítico: de Vigiar e Punir ao pensamento da atualidade. *In*:

No intuito de promover um controle econômico e adestrado da vida, Foucault desenvolve a significação de biopoder a partir de duas técnicas, que apesar de partilharem de heterogeneidade, interligam-se por um feixe intermediário de relações.²²⁶ Vislumbrando o corpo como uma máquina, passa o poder público a gerir a vida das pessoas por meio da *disciplina* e da *biopolítica*. Isto posto, na perspectiva foucaultiana,

[...] um poder que se caracteriza como a possibilidade do exercício de uma violência explícita sobre a vida que se lhe encontra submetida, ou seja, um poder que se manifesta como um poder de matar ou de suspender soberanamente a execução, é substituído paulatinamente por um poder diferente. Trata-se de um poder que, invertendo esta relação, se constitui quer como um poder de disciplinar, de punir, de rentabilizar e de exercitar a vida dos corpos que estão sob a sua alçada, naquilo a que Foucault chamou uma “anatomopolítica do corpo”, quer como um poder de promover a saúde, a higiene, a longevidade e, neste sentido, a vida de um agrupamento humano, através daquilo que designou como uma “biopolítica da população”.²²⁷

A *disciplina* comporia o aspecto subjetivo do poder, referindo-se “ao conjunto de técnicas em virtude das quais os sistemas de poder têm por objetivo e resultado a singularização dos indivíduos”, ou seja, “aos métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade.”²²⁸

A biopolítica, por outra face, centra-se no coletivo, descrevendo um poder normatizador e disciplinador que já não se exerce sobre corpos individualizados, mas se realiza a título de política estatal, no âmbito da figura do Estado, incidindo no “controle da proliferação, dos nascimentos, da mortalidade, do nível de saúde, da duração da vida e da longevidade.”²²⁹

As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. A instalação, durante a época clássica, desta tecnologia de duas faces – anatômica e biológica –, individualmente e especificadamente, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida, caracteriza um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima para baixo.²³⁰

GONDRA, José; KOHAN, Walter Omar (org.). **Foucault 80 anos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 55-56.

²²⁶ BERTOLINI, 2018, p. 88-89.

²²⁷ ESPOSITO, Roberto. **Bios: Biopolítica e Filosofia**. Tradução de: M. Freitas da Costa. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, p. VIII.

²²⁸ FOUCAULT, 2012, p. 118.

²²⁹ BERTOLINI, 2018, p. 88-89.

²³⁰ FOUCAULT, op. cit., p. 152.

Ante o exposto, tal formatação de exercício do poder desenvolve-se em duas direções distintas, porém complementares. De um lado, as disciplinas, que direcionam à normalização do corpo dos indivíduos, por meio de uma perspectiva anatomopolítica do corpo humano e, de outro, a biopolítica, mediante a normalização da vida biológica, orientada à espécie.²³¹

Promovendo-se um recorte a fim de tratar, mais detalhadamente, acerca do gerenciamento planejado da vida das populações,²³² denota-se por via do conceito de biopolítica, que a apropriação da vida realizada por essa sistemática não se dá com o objetivo de suprimi-la, mas na intenção de administrá-la em termos regulativos, ansiando pela distribuição do vivente em um domínio de valor e utilidade.²³³

Inserta na lógica do biopoder, do zelo para com a vida humana, no intuito de maximizar a sua produtividade, a biopolítica²³⁴ constrói-se em uma posição diametralmente contrária à inflexão predominantemente negativa do poder soberano: se este “se exercia em termos de subtração, de tributação – dos bens, dos serviços, do sangue – dos próprios súditos”, aquela, pelo revés, inclina-se para a vida deles, não apenas “no sentido da sua defesa, mas também no do seu desenvolvimento, da sua potenciação, da sua maximização”. Assim, enquanto o poder soberano “tolhia, refreava, até aniquilar”, a biopolítica “solda, aumenta, estimula” a otimização da vida.²³⁵

Com a inserção controlada dos corpos nos aparelhos de produção, ajustando fenômenos naturais como o nascimento, a reprodução e a morte aos processos econômicos, o biopoder, sobretudo por via da biopolítica configura

²³¹ CASTRO, Edgardo. **Introdução à Foucault**. Tradução de: Beatriz de Almeida Magalhães. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. E-book, p. 78-79.

²³² DUARTE, André. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. **Revista Cinética**, 1 (1), 1-16, 2008. Disponível em: http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.pdf. Acesso em: 28 out. 2022, p. 3.

²³³ CASTRO, 2015, p. 78-79.

²³⁴ No que toca a sistemática do biopoder, sobretudo no campo da biopolítica, faz-se mister fazer uma ressalva quanto a significação da sexualidade para o desenvolvimento dessa teoria foucaultiana. Conforme interpreta André Duarte, “A partir do século 19 já não importava apenas disciplinar as condutas individuais, mas, sobretudo, implantar um gerenciamento planejado da vida das populações. Assim, o que se produzia por meio da atuação específica do biopoder não era mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas era a própria gestão da vida do corpo social. O sexo se tornou então um foco privilegiado para o controle disciplinar do corpo e para a regulação dos fenômenos da população, constituindo-se o que o autor denominou como dispositivo da sexualidade. A sexualidade, tal como produzida por uma rede de saberes e poderes que agem sobre o corpo individual e sobre o corpo social, tornou-se a chave para a análise e para a produção da individualidade e da coletividade.”

DUARTE, op. cit., p. 3.

²³⁵ ESPOSITO, 2010, p. 61.

indispensável instrumento para o desenvolvimento do capitalismo.

Se o desenvolvimento dos aparelhos de Estado garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de biopolítica agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e o sustentam; operam, também, como fatores de segregação e hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas forças e procedimentos múltiplos.²³⁶

À vista disso, os mecanismos disciplinares e biopolíticos se conjugam nas novas técnicas que se fazem imperiosa ao governo das massas urbanas multifacetadas, conformando-as à dinâmica da produção e do consumo em ascendência na sociedade capitalista.²³⁷ A fusão entre biopolítica e capitalismo é, portanto, viabilizada de tal sorte que mediante domínios diversos sobre a vida – demografia, higiene pública, por exemplo –, os indivíduos são convertidos em população, isto é, em um grande e produtivo corpo mecânico.²³⁸

O corpo fora, então, considerado força de produção, a partir do processo de socialização desencadeado pelo surgimento do capitalismo nos séculos XVIII e XIX. Diante da concepção de biopolítica, o controle da sociedade sobre o indivíduo não se operava mais pela consciência ou ideologia, “mas começa no corpo, com o corpo”. Nesse ínterim, compreendendo o corpo como uma realidade bio-política e, por conseguinte, a medicina como uma de suas estratégias, foi no caráter biológico, somático e corporal que a sociedade capitalista investiu, pioneiramente.²³⁹

Ante a tais apontamentos, mister desmascarar eventual sentimento de louvor de caráter humanitário que o biopoder poderia vir a se trajar. Apesar de

²³⁶ FOUCAULT, 2012, p. 154.

²³⁷ AYUB, João Paulo. **Introdução à analítica do poder de Michael Foucault**. São Paulo: Intermeios, 2014, p. 62.

²³⁸ “Em relação à importância do mercado no capitalismo, não há como olvidar que o atual estágio do desenvolvimento da engenharia genética, caracterizado pela busca incessante de novas técnicas, movida pela necessidade do lucro, configura uma poderosa e promissora indústria, onde os produtos postos no mercado são, a um só tempo, a autointitulada panaceia para os mais diversos ‘problemas’. A lógica capitalista é, pois, o motor do desenvolvimento da engenharia genética.”

CASTILHO, Maicon; ESPOLADOR, Rita de Cassia Resquetti Tarifa. Os limites e conformações da engenharia genética: uma análise com fundamento na teoria crítica. *In*: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org.). **Direito & Teoria Crítica: Reflexões contemporâneas**. 1.ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 165.

²³⁹ FOUCAULT, Michel. O nascimento da medicina social. *In*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003, p. 80.

fundamentar-se na gestão da vida sobre a morte, a biopolítica não cria um ambiente pacífico, mas desencadeia uma obsessão belicosa do poder pelo cuidado purificador da vida. Assim, ao contrário do que se possa acreditar, via senso comum, o cuidado para com a vida de alguns “traz consigo, de maneira necessária, a exigência contínua e crescente da morte em massa de outros, pois é apenas no contraponto da violência depuradora que se pode garantir mais e melhores meios de sobrevivência a uma dada população. ”

Desse modo, a defesa e gerenciamento vital que apregoa o biopoder não se difunde sobre todas as manifestações de vida, mas somente sobre algumas, implicando na conclusão de que a contradição entre o poder de gerir a vida e o poder da morte é meramente figurativo, aparente: toda biopolítica é, igualmente, tanatopolítica. Assim, “o incremento da vida da população não se separa da produção contínua da morte, no interior e no exterior da comunidade entendida como entidade biologicamente homogênea”²⁴⁰:

As guerras já não se travam em nome do soberano a ser defendido; travam-se em nome da existência de todos; populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver. Os massacres se tornaram vitais. Foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens. E, por uma reviravolta que permite fechar o círculo, quanto mais a tecnologia das guerras voltou-se para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que as iniciam e encerram se ordenaram em função da questão nua e crua da sobrevivência. [...] Se o genocídio é, de fato, o sonho dos poderes modernos, não é por uma volta, atualmente, ao velho direito de matar; mas é porque o poder se situa e exerce ao nível da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços da população.²⁴¹

À luz das condições impostas pelo exercício do biopoder, a partir do instante em que a tarefa do soberano transmutou-se para a de fazer viver, estimulando calculadamente a expansão da vida, as guerras se multiplicaram, como genocídios cada vez mais sangrentos, dentro e fora da nação:²⁴² “são mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros. ”²⁴³

A proteção da vida não se justificava em uma perspectiva humanista, benevolente, mas se fazia segundo interesses friamente capitalistas e econômicos, a

²⁴⁰ DUARTE, 2008, p. 5.

²⁴¹ FOUCAULT, 2012, p. 129.

²⁴² DUARTE, op. cit., p. 4.

²⁴³ FOUCAULT, op. cit., p. 130.

fim de que aquela vida, então gerida e “melhorada” se tornasse um meio de produção mais útil e dócil, no cumprimento das finalidades elegidas pelo Estado. Os sujeitos não eram, de fato, vistos como pessoas, mas como simples

[...] objetos de pesquisa e de lucro; de um ponto de vista da ciência a questão que se coloca é a da sua razão de ser; de um ponto de vista econômico, o choque se manifesta entre uma concepção que se abre para o bem, e uma concepção simplesmente voltada para o lucro. A falta de ética, tantas vezes percebida na corrida pela descoberta dos genomas, manifesta-se com mais força exatamente nas questões ligadas à vida.²⁴⁴

O homem incorporou a figura de *homo oeconomicus*, agente econômico que replicava os estímulos do mercado e, a par dessa sistemática inseriu-se em uma formatação flexível e sutil de controle e governo, exercida por meio de regras econômicas, para além do domínio da soberania política tradicional. A fusão entre o *homo oeconomicus* e a teoria do capital humano converteu um indivíduo de um empreendedor de mercado de trocas para um empreendedor de si mesmo, “tomando-se a si mesmo como seu próprio produtor de rendimentos.”²⁴⁵

Com o advento dos progressos biotecnológicos, sobretudo no campo da engenharia genética, além de potencializar suas habilidades, o *homo oeconomicus* ocupa-se, simultaneamente, do controle de fatores potenciais de risco, como doenças geneticamente herdadas, que podem, eventualmente, colocá-lo em posição desfavorável na competição pelo sustento de sua vida.

[...] um dos interesses atuais da aplicação da genética às populações humanas é o de permitir reconhecer os indivíduos de risco e o tipo de risco que os indivíduos correm ao longo de sua existência. Vocês me dirão: quanto a isso não podemos fazer nada, nossos pais nos fizeram assim. Por certo, mas quando se pode estabelecer quais são os indivíduos de risco, e quais são os riscos de que uma união de risco produza um indivíduo que terá tal ou qual característica quanto ao risco de que é portador, pode-se perfeitamente imaginar o seguinte: é que os bons equipamentos genéticos – isto é, [aqueles] que poderão produzir indivíduos de baixo risco ou cuja taxa de risco não será nociva para eles, para seus próximos ou para a sociedade – esses bons equipamentos genéticos vão certamente se tornar algo raro, e na medida em que serão algo raro podem perfeitamente [entrar], e é normal que entrem, no interior dos circuitos ou dos cálculos econômicos, isto é, nas escolhas alternativas. Em termos claros, isso vai significar que, dado meu equipamento genético, se quero ter um descendente cujo equipamento genético seja pelo menos tão bom quanto o meu, ou, na medida do possível melhor, vou ter que encontrar alguém com quem me casar cujo equipamento genético também seja bom. E vocês vêem claramente como o mecanismo de produção dos indivíduos, a produção de filhos, pode reencontrar toda uma problemática

²⁴⁴ MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética**: para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004, p. 31.

²⁴⁵ DUARTE, 2008, p. 7.

econômica e social a partir do problema da raridade de bons equipamentos genéticos. E se vocês quiserem ter um filho cujo capital humano, entendido simplesmente em termos de elementos inatos e de elementos hereditários, seja elevado, verão que, da parte de vocês, será preciso todo um investimento, isto é, ter trabalhado o suficiente, ter renda suficiente, ter um estatuto social que lhes permitirá assumir como cônjuge ou como co-produtor desse futuro capital humano alguém cujo capital humano também será importante. Eu lhes digo isso de forma alguma beirando a brincadeira; é simplesmente uma forma de pensar ou uma forma de problemática que se encontra atualmente em estado de emulsão.²⁴⁶

Verifica-se, assim, que os prognósticos lançados por Foucault descrevem, sob a designação de biopoder, um cenário no qual o poder soberano preocupa-se com o elastecimento da vida, por meio de técnicas que ampliem e melhorem as condições de saúde física e psíquica dos sujeitos. Contudo, não são justificativas altruístas que induzem e sugestionam esse biopoder, mas visões capitalistas de mercado, na ótica da criação de corpos econômica e politicamente úteis e dóceis.

Não bastasse, a existência tutelada não recai sobre todas as formas de vida. Razoando o indivíduo como um investimento, a vida protegida pela ordenação do biopoder refere-se àquelas, mercadologicamente, entendidas como mais propensas ao êxito. Daí, a afirmação de que a defesa da vida e a sentença da morte não são alocadas em posições opostas no *modus operandi* da biopolítica, porquanto enquanto se produz e incentiva de maneira calculada e administrada a vida, paralelamente, se impõe o genocídio aos corpos populacionais considerados exógenos e enfraquecidos.²⁴⁷

Sob essas condições, o mercado corresponderia a instância a partir da qual se estabeleceria a dinâmica da manipulação genética, tornando irrelevante toda e qualquer discussão ética. Entretanto, ante a emergência de valores humanos no corpo social da pós-modernidade, à essa frígida dinâmica do biopoder e da biopolítica acoplaram-se balizas de todas as ordens, na tentativa incessante de promover a Dignidade da Pessoa Humana.

Isto posto, as diversas discussões afetas à Bioética e ao Biodireito,

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 313-314.

²⁴⁷ A teoria de Foucault não é ingênua a ponto de não compreender que a dinâmica do biopoder implica na utilização do racismo em uma dupla perspectiva: preliminarmente como um meio de introduzir a vida – o corte entre o que deve viver e o que deve morrer e, por fim, um instrumento de legitimação da morte do outro a partir do fortalecimento da própria espécie ou raça.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 214-215.

sobretudo nos respectivos campos principiológicos, trazem à baila as iminentes inquietações contemporâneas a respeito da direção que a humanidade irá se apoderar: se a ciência conformar-se-á em dar um passo para trás para harmonizar-se com as necessidades éticas e jurídicas da sociedade ou se, contrariamente, fortalecerá bases egocêntricas e, falaciosamente, legitimará atrocidades à raça humana em nome do progresso.

3.2 DA ZETÉTICA À DOGMÁTICA JURÍDICA: PERCURSO NORMATIVO E AXIOLÓGICO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

A dependência para com os seus iguais atesta o autorreconhecimento do homem enquanto animal social e cultural. Partindo dessas constantes interações, os sujeitos firmam, entre si, relações intersubjetivas capazes de não apenas alterar sua harmonia interna, mas de tecer reflexos exteriores, rumo ao próprio corpo coletivo. Por assim dizer,

[...] a sociedade se apresenta como o resultado de um conjunto de relações entre os indivíduos humanos. O homem é naturalmente um ser social que procura por si, com sujeição a normas – como veremos em outro segmento - , um estágio de desenvolvimento cada vez maior, criando condições especialmente materiais para a preservação de sua existência. Assim, por exemplo, contemporaneamente aprimora a tal ponto a ciência e a tecnologia que estas passam a se incorporar à série de forças econômicas produtivas da sociedade, que vão trazer mudanças sociais de grande porte na divisão social do trabalho, na produção e distribuição de objetos e na forma de consumi-los. [...] Daí o desenvolvimento social sobre a base do concurso de todos os homens, não sendo possível falar de homem concebendo-o como um ser isolado, devendo-se conceber sempre, necessariamente, como *homem social*.²⁴⁸

Desse modo, o desenvolvimento do indivíduo atrela-se ao progresso da comunidade, de tal sorte que a socialização expressa-se comunicativamente, por intermédio de discursos sociais de múltiplas facetas, dentre elas a linguagem jurídica e a científica.²⁴⁹ Isto posto, tanto a juridicização quanto a medicalização integram o processo de sociabilidade humana, manifestando, portanto, a confluência entre ética, medicina e direito, enquanto uma reinterpretação do biopoder no contexto valorativo

²⁴⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 45.

²⁴⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5.ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 2.

pós-moderno, então simbolizada pela Bioética e pelo Biodireito.

[...] los cuerpos sometidos a una medicalización ya se encuentran juridizados y viceversa. La medicalización y juridización son procesos fundamentales que otorgan significado a la interpretación del cuerpo como entidad cultural. Así pues, mantienen la ética bajo su poder, tal y como lo demuestran abundantemente el derecho y la medicina.²⁵⁰

Partindo de uma regressão histórica, remonta-se o Estado Liberal e o acentuado positivismo que o qualificava. Nesse período, embebido pelos ideais individualistas e voluntaristas, à ciência se conferia posição suprema em detrimento da ética, admitindo-se que “aquilo que era científica e tecnicamente correto não podia ser mal”.²⁵¹ À vista desse entendimento, todos os imbróglis éticos foram reduzidos a questões técnicas mal colocadas e, por conseguinte, poderiam ser solucionados por meio da conversão de sua natureza, de ética para técnica.

Os cientistas figuravam como os novos sacerdotes da *religião positivista* e, por estarem acima dos grandes mistérios da natureza, agiam ilimitadamente em prol do que a ciência seria capaz de realizar.²⁵² A ruptura causada na ordem global²⁵³ a partir da Segunda Guerra Mundial²⁵⁴ impulsionou a adoção de uma visão ética mais crítica do que aquela que até então se instaurava: com a

²⁵⁰ Tradução livre: “[...] os corpos submetidos a uma medicalização já se encontram juridizados e viceversa. A medicalização e juridização são processos fundamentais que outorgam significado à interpretação do corpo como entidade cultural. Logo, mantêm a ética sob seu poder, tal e como o demonstram abundantemente o direito e a medicina.”

BROEKMAN, Jan M. **Bioética con rasgos jurídicos**. Tradução de Hans Lindhl. Madri: Dilex, 1998, p. 15.

²⁵¹ GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: São Camilo: Loyola, 2010, p. 472.

²⁵² Atribui-se a esse período o berço do paternalismo médico.

²⁵³ “[...] como consequência da 2ª Guerra Mundial, uma série de valores tradicionais se romperam, quebrando-se conceitos, costumes e instituições como família, matrimônio, nação, etc.”

LEITE, George Salomão. Ensaio sobre Bioética Constitucional. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, p. 46.

²⁵⁴ “La historia es un proceso más o menos homogéneo, en el que de vez en cuando se producen saltos bruscos, cambios cualitativos que sitúan a los seres humanos en un nuevo nivel. Estos momentos de ruptura son los que generalmente se conocen con el nombre de “revoluciones”. [...] El crecimiento de la ciencia normal es siempre por aposición. Ahora bien, hay veces que los datos experimentales no son fácilmente hermanables con el modelo vigente, y exigen el cambio drástico de ese modelo. Entonces es cuando se produce el proceso revolucionario.”

Tradução livre: “A história é um processo mais ou menos homogêneo, em que de tempos em tempos há saltos bruscos, mudanças qualitativas que colocam o ser humano em um novo patamar. Esses momentos de ruptura são o que geralmente são conhecidos pelo nome de 'revoluções'. [...] O crescimento da ciência normal é sempre por aposição. No entanto, há momentos em que os dados experimentais não são facilmente compatíveis com o modelo atual e exigem uma mudança drástica nesse modelo. É quando ocorre o processo revolucionário.”

GRACIA, Diego. **Fundamentación y enseñanza de la bioética: ética y gestión del cuerpo**. Los juicios morales. La verdad moral en una sociedad pluralista. La ética médica y su enseñanza. 3.ed. Buenos Aires: Astrea, 2021, p. 79.

utilização bélica da energia nuclear e a experimentação médica nos campos de concentração,²⁵⁵ forçosa de fez a imposição de limitação à ciência, mediante a elaboração de “um discurso ético-normativo em torno da complexidade dos processos civilizatórios.”²⁵⁶

A Bioética exsurge, assim, como um produto da necessidade, uma proposta de integração do ser humano à natureza. Atribui-se a Paul Max Fritz Jahr²⁵⁷ o pioneirismo do uso do vocábulo – *bio + ethik* –, em 1927, por via do artigo “*Bioethik: eine Übersicht der Ethik und der Beziehung des Menschen mit Tieren und Pflanzen*”.²⁵⁸ Valendo-se de uma conotação ambiental,²⁵⁹ previamente às atrocidades Nazistas, Fritz Jahr caracterizava a Bioética a partir do reconhecimento de obrigações éticas para com todos os seres vivos, não restrita à espécie humana.²⁶⁰ À luz de um discurso educativo e, valendo-se da máxima kantiana, o autor propõe um imperativo bioético, no sentido de respeitar todo o ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo, de modo a trata-lo, se possível, como tal.

A fim de deslocar os debates afetos à época de uma tendência tecnicista para um viés humanista, excedendo a suposta dicotomia entre os fatos explicados pela ciência e os valores estudados pela ética,²⁶¹ em 1970, Van Rensselaer Potter serve-se do termo bioética, fazendo uso de seu artigo “*Bioethics, the science of survival*”, vindo a populariza-lo, com a publicação da obra “*Bioethic: Bridge to the Future*”, no ano subsequente.²⁶²

²⁵⁵ MALUF, 2020, p. 19.

²⁵⁶ LEITE, 2008, p. 47.

²⁵⁷ Faz-se mister destacar que não há uma unicidade a respeito de quem teria sido o primeiro a utilizar o vocábulo Bioética. Muitos autores, dentre os quais, cita-se Diego Gracia, George Salomão Leite, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf atribuem o pioneirismo à Van Rensselaer Potter (1970), ao passo que há outros, a exemplo de Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves e José Roberto Goldim, que atribuem à Paul Max Fritz Jahr (1927).

²⁵⁸ SÁ; NAVES, 2021, p. 5.

²⁵⁹ “Desta forma, quanto aos animais, a alegação moral tornou-se irrefutável, pelo menos em termos de não fazê-los sofrer desnecessariamente. Não é o mesmo com as plantas. Pode parecer absurdo para algumas pessoas que também devêssemos manter algumas obrigações éticas para com elas. [...] A nossa ordem social de leis e determinações para a proteção de plantas ou flores isoladas em uma determinada região (por exemplo, plantas alpinas) também é baseada em uma perspectiva completamente diferente: a ordem social quer preservar estas plantas para impedir a sua destruição na região e, em seguida, elas podem ser um prazer para os humanos. ”

JAHN, Paul Max Fritz. **Bioética: um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas**. Tradução de: Carlos Roberto Fernandes. Disponível em: <https://static.recantodasletras.com.br/arquivos/1760288.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁶⁰ GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, 26 (2), p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022, p. 86.

²⁶¹ MALUF, 2020, p. 18.

²⁶² LEITE, 2008, p. 46.

Como uma ética interdisciplinar com vistas à preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema, Potter propõe uma acepção da bioética voltada à sobrevivência,²⁶³ alicerçado na ideia de uma ponte, “capaz de mediar as relações entre as Ciências e as Humanidades, voltada para os problemas ambientais e as questões de saúde.”²⁶⁴

Potter entendía la bioética como una nueva cultura, como el encuentro necesario entre los hechos, tal como hoy los plantean las ciencias, y en especial las ciencias de la vida, y los valores; o si se quiere, entre las ciencias y las humanidades. Comprendió la bioética como un nuevo paradigma intelectual y cultural, consistente en la confrontación entre hechos y valores.²⁶⁵

A preocupação para com a sobrevivência, mediante a estima dos valores culturais e éticos da sociedade em sincronia com o progresso tecnocientífico persistiu, de modo que em 1974 engendrou-se, nos Estados Unidos da América, a “*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*”, comissão esta que quatro anos mais tarde resultaria em um documento de extrema relevância para o Biodireito.²⁶⁶

Em 1978 desponta o Relatório Belmont, primeira declaração de cunho principialista na abordagem de dilemas bioéticos. Assente na autonomia, beneficência e justiça, esse documento propunha viabilizar uma estrutura analítica em prol da orientação da resolução de impasses éticos advindos de pesquisas e/ou procedimentos envolvendo seres humanos.²⁶⁷

Com a publicação da obra “*Principles of biomedical ethics*”, em 1979,

²⁶³ VIANA, Rui Geraldo Camargo; MARCHI, Maria Áurea Hebling. Biodireito, Biotecnologia e Bioética: um caminho comum. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia S; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.). SILVA, Anna Paula Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org.). **Biotecnologia, Biodireito e Saúde: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019, v.2, p. 4-5.

²⁶⁴ SÁ; NAVES, 2021, p. 6.

²⁶⁵ Tradução livre: “Potter entendia a bioética como uma nova cultura, como o encontro necessário entre os fatos, como as ciências os apresentam hoje, e especialmente as ciências da vida, e os valores; ou se preferir, entre as ciências e as humanidades. Ele entendia a bioética como um novo paradigma intelectual e cultural, consistindo no confronto entre fatos e valores.” GRACIA, 2021, p. 22.

²⁶⁶ SÁ. NAVES, op. cit., p. 6.

²⁶⁷ “The objective is to provide an analytical framework that will guide the resolution of ethical problems arising from research involving human subjects.”

Tradução livre: “O objetivo é fornecer uma estrutura analítica que oriente a resolução de problemas éticos decorrentes de pesquisas envolvendo seres humanos.”

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research**. 1978. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>. Acesso em: 21 out. 2022.

de autoria de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, além de acrescentar à sistemática principiológica outro valor, a saber: não-maleficência, encarregou-se tal documento de ressignificar o conceito de bioética, como um “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num conceito multidisciplinar.”²⁶⁸

Considerando a liquidez da sociedade, irrazoável seria admitir que o conceito de bioética se mantivesse estanque. Acompanhando a conjuntura hodierna, e as carências humanas atuais, a bioética é erigida como disciplina afeta ao estudo do *status* “ético das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade e as relações entre os homens e entre estes e outros seres vivos, indicando o rumo das condutas a serem adotadas visando o respeito à dignidade humana.”²⁶⁹

Apoiando-se em um estudo da “moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”,²⁷⁰ a bioética envolve um diálogo interdisciplinar que tem por finalidade a compreensão da realidade por meio de sua complexidade biológica, política, social e física. Isto posto, contrariamente ao que sucede no terreno da ética, moral e deontologia, para a bioética o bem é sempre concebido a partir das subjetividades e particularidades de um indivíduo, e nunca de forma abstrata e generalizada.²⁷¹

Em um cenário de forte desenvolvimento tecnológico, experimentação científica e demasiada poluição e contaminação ambiental, não apenas a ética, por meio da *bioética*,²⁷² tornara-se aparato de proteção e equilíbrio entre a qualidade de vida da sociedade e as descobertas científicas. O direito mostra-se, igualmente, um firme combatente na apreciação dos ônus e bônus do progresso, de tal sorte que

No ha sido infrecuente para el Derecho, pero con una mayor aceleración a lo largo de este siglo, encontrarse con la necesidad de tener que enfrentarse a situaciones sociales nuevas, derivadas de los cambios en los sistemas de

²⁶⁸ Nesse ponto, destaca-se uma diferença entre o significado de bioética trazido pela primeira e segunda edição da obra *Encyclopedia of Bioethics*. A acepção acima transcrita refere-se à definição veiculada na segunda edição, ao passo que a primeira conferia maior relevância à expressão “valores e princípios”, qualificando a bioética como “estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais.”

²⁶⁹ MALUF, 2020, p. 25.

²⁷⁰ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais da bioética**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1994, p. 11.

²⁷¹ MALUF, op. cit., 19-25.

²⁷² “A Bioética, embora historicamente esteja conectada à Medicina, não pode ser identificada com a Ética Médica ou a Deontologia Médica, pois aquela é mais ampla que estas. Nela incluem investigações e terapias biomédicas e comportamentais, abrangendo outras áreas relacionadas à saúde humana.” SÁ; NAVES, 2021, p. 11.

control y producción de bienes y servicios y de las relaciones económicas, de los descubrimientos o avances tecnológicos y científicos, o de las modificaciones en las relaciones interindividuales, en cuyo conjunto las Ciencias Biomédicas constituyen uno de los ejemplos más representativos. Las respuestas del Derecho han consistido muchas veces en asumir las relaciones sociales emergentes, positivando, regulando o reconociendo (judicialmente) dichas relaciones; o bien aplicando a la nueva situación principios generales básicos ya integrados jurídicamente, como son los de respeto a la autonomía individual y a la dignidad de la persona, categorías informadoras y resolutorias decisivas para la configuración del ser humano en la actualidad, sin prejuicio de los problemas que plantea determinar el alcance de la primera y el significado más preciso de la segunda; o, por fin, adelantándose a las concepciones sociales, al introducir, mediante sus propios recursos de creación normativa, nuevos principios axiológicos, aunque este fenómeno ha sido más excepcional.²⁷³

Assim como inicialmente exposto, o ser humano é um ser social e expressa-se, culturalmente, por meio da relação que firma com seus iguais. Nessa seara, os fatos que se manifestam na sistemática coletiva exigem diretrizes, inserindo-se nessa conjuntura de fatos sociais carentes de normatização, os eventos frutos dos avanços biotecnológicos e científicos. Não obstante os enormes desafios levantados pela biomedicina, não cabe ao direito furtar-se diante de tais polêmicas e, à vista disso, surge o *biodireito*, como disciplina contemporânea adstrita ao objeto *vida*.²⁷⁴

Nesse diapasão, não pode a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito e, de igual modo, o progresso científico não poderá ocultar crimes contra a dignidade humana, tampouco traçar, sem limiar jurídico, os destinos da humanidade.²⁷⁵ A esfera do biodireito compreende, portanto, o caminhar “sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra a

²⁷³ Tradução livre: “Não tem sido infrequente para o Direito, mas com maior aceleração ao longo deste século, deparar-se com a necessidade de ter de enfrentar novas situações sociais, derivadas das mudanças nos sistemas de controle e produção de bens e serviços e das relações econômicas, descobertas ou avanços tecnológicos e científicos, ou mudanças nas relações interindividuais, em que as Ciências Biomédicas constituem um dos exemplos mais representativos. As respostas do Direito têm consistido muitas vezes em assumir as relações sociais emergentes, positivas, regulamentando ou reconhecendo (judicialmente) tais relações; ou aplicando à nova situação princípios gerais básicos já legalmente integrados, como o respeito pela autonomia individual e a dignidade da pessoa, categorias informadoras e resolutorias decisivas para a configuração do ser humano hoje, sem prejuízo dos problemas que se propõe determinar o alcance do primeiro e o significado mais preciso do segundo; ou, finalmente, antecipando concepções sociais, introduzindo, por meio de seus próprios recursos normativos de criação, novos princípios axiológicos, embora esse fenômeno tenha sido mais excepcional.”

CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Editorial COMARES, 1998, p. 151-153.

²⁷⁴ “[...] como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o *biodireito*, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal”.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

²⁷⁵ DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética (Breves e curtas notas). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, p. 79-81.

pessoa ou a espécie humana.²⁷⁶

Conceitualmente, o biodireito clama um novo ramo jurídico, o qual, associado à bioética, preocupa-se com a tutela do bem jurídico *vida*,²⁷⁷ em razão do acelerado desenvolvimento das práticas científicas e biotecnológicas, atentando-se, sobretudo ao valor da pessoa humana.²⁷⁸

A despeito da perpendicularidade partilhada pela bioética e pelo biodireito, ambas as disciplinas não podem ser utilizadas indiscriminadamente como sinônimas, porquanto representam duas ordens normativas diversas, tendentes, respectivamente, à moral e ao direito. O biodireito, enquanto fruto jurídico, atua como ordem pragmática de resolução de conflitos, a partir da dogmática jurídica, ao passo que a bioética, associada à moral, opera no mundo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornecendo subsídios, à luz da zetética jurídica, para a adequada formulação e aplicação do direito, sem, contudo, com ele se confundir.²⁷⁹

De fato, a complexidade paira sobre a natureza de tais disciplinas. O biodireito, apesar de se firmar como método da dogmática jurídica, “teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas e da Saúde”,²⁸⁰ ao passo que a bioética, integrante da ética geral, constitui-se objeto de questionamento da filosofia, concentrando-se nos pressupostos e limites colocados pelas áreas do saber, isto é, na transdisciplinariedade.

O direito e a moral e, nesse íterim, o biodireito e a bioética conduzem-se ao conhecimento e à descrição de normas sociais,²⁸¹ contudo, partilham de singularidades que os invoca a diferenciação. Preliminarmente, mister pontuar como fator diferenciador a ausência de sanção organizada por parte da moral. Assim, à medida que ao direito direciona-se uma ordem de coação na hipótese de descumprimento de uma conduta normativamente estabelecida, a moral vincula-se a uma ordem social destituída de quaisquer sanções desse gênero, eis que suas sanções apenas consistem na aprovação ou desaprovação de comportamentos, não

²⁷⁶ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIECZ, Severo. **O Direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 17.

²⁷⁷ Para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, o Biodireito constitui parte do ramo do Direito Público, o qual, associando-se à bioética estuda as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos.

MALUF, 2020, p. 28.

²⁷⁸ VIANA; MARCHI, 2019, p. 8.

²⁷⁹ SÁ; NAVES, 2021, p. 6.

²⁸⁰ Ibid., p. 7

²⁸¹ Ibid.

ingressando no domínio da força física.²⁸²

Acresce-se a essas distinções fundamentais, o fato de a bioética e o biodireito não possuírem identificação de conteúdo, ainda que partilhem ambas de caráter prescritivo – dever ser. Nesse sentido, a moral e, por conseguinte, a bioética dispõe de uma relatividade, não sendo crível concebe-la singular e inflexivelmente em tempo e lugar. Quanto ao direito, por outro ângulo, não é plausível condicionar sua existência à sua correspondência com valores morais, justamente em virtude da referida relatividade.²⁸³

Muito embora haja traços distintivos entre as duas disciplinas, o biodireito e a bioética, ainda assim, possuem características que os aproximam, criando, entre eles, uma área de confluência. Como visto, o biodireito é uma disciplina jurídica que visa a proteção da vida, mas para a consecução desse fim, carece se associar à bioética.

A partir da dogmática jurídica, o biodireito compõe-se de normas que fornecem uma estrutura de soluções intrassistêmicas. Já a bioética, afeta à zetética jurídica, promove questionamentos transdisciplinares, abertos e gerais, os quais partem de premissas precárias e provisórias. Enquanto a dogmática jurídica mantém-se restrita aos limites do direito e o envolve intrassistematicamente, “o discurso bioético aborda um conflito a partir de perspectivas diferentes e complementares.”²⁸⁴

Isto posto, à zetética compete o fornecimento de bases axiológicas a serem incorporadas pelo sistema dogmático. Logo, a bioética confere fundamentos ao biodireito, permitindo que este venha a regulamentar as condutas humanas em prol da vida. De fato, o biodireito apresenta-se como efeito juridicizado da bioética, de tal sorte que “a função maior de ambos é a proteção dos direitos fundamentais, ainda que utilizem técnicas distintas de abordagem, que ao final, sem sombra de dúvidas, se complementam socialmente.”²⁸⁵

Como ponto de partida da tomada de decisões e instrumento de elaboração de critérios de orientação, a construção do aporte principiológico da

²⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71.

²⁸³ “É de *per si* evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva.”

Ibid., p. 76.

²⁸⁴ SÁ; NEVES, 2021, p. 9.

²⁸⁵ Ibid., p. 12.

bioética reflete os acontecimentos sociais, rompendo, conseqüentemente, com paradigmas que até então se afixavam nas bases de uma ciência ambiciosa e paternalista.

Com suporte na vanguarda de David Ross,²⁸⁶ edificou-se o substrato da vida moral fundada em uma tríplice axiológica, compreendida a partir de princípios obrigatórios, *prima facie*, quais sejam: justiça, não-maleficência e beneficência. Mediante a concepção de uma hierarquia principiológica, Ross entendia ter o princípio da não-maleficência, superioridade diante do princípio da beneficência. Outrossim, essa hierarquia não se restringia a esses dois princípios, concebida, também, em relação a outros princípios *prima facie*, de tal sorte que os preceitos que expressassem uma obrigação perfeita – fundada em princípios absolutos – teriam prevalência sobre princípios que manifestassem uma obrigação imperfeita – calcada em deveres derivados.²⁸⁷

Por efeito da inauguração do deontologismo misto, em 1963, por consequência do pensamento de William Frankena, essa corrente moderada, permitiu crescer ao deontologismo, até então radical, um sistema utilitarista, aceitando como princípios bioéticos, respectivamente, a justiça e a beneficência. Apesar de despertar maior enfoque a esses dois princípios, o autor não restringiu sua teoria a eles, concebendo-os como princípios primários, equiparados horizontalmente, não sendo razoável concebê-los em níveis hierárquicos distintos, como fazia seu antecessor.²⁸⁸

Alicerçado em ambas as correntes, Tom L. Beauchamp e James F. Childress – 1979 – estenderam o número de princípios *prima facie* a quatro – beneficência, não-maleficência, justiça e autonomia –, seguindo, em parte, as conclusões do Relatório Belmont, documento responsável por uma afluência axiológica da bioética e, aceitando a sugestão de Ross quando a distinção entre os princípios da não-maleficência e da beneficência. Por outra parte, aplicaram a este sistema principiológico quadrangular o critério estabelecido por William Frankena, afixando a impossibilidade de se estabelecer, verticalmente, uma ordem hierárquica entre eles.²⁸⁹

Não obstante a *não-maleficência* e a *beneficência* se diferenciem,

²⁸⁶ Obra “*The right and the good*”, 1930.

²⁸⁷ GRACIA, 2021, p. 93-98.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 97-100.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 100-104.

ambas as diretrizes se convergem, de tal sorte que enquanto o primeiro implica em um dever de omissão, de não fazer o mal, o segundo direciona-se a uma postura comissiva, de promoção do bem. Logo, o médico ou o cientista deve, em prol da defesa do valor intrínseco da pessoa humana, abster-se de práticas que possam prejudicar o paciente e, simultaneamente, havendo o consentimento do mesmo, adotar condutas e realizar procedimentos que o favoreçam.²⁹⁰

Outrossim, diante dessa conjuntura não se mostra mais coerente manter o paciente aprisionado e subordinado às escolhas livres do profissional. A *autonomia* ou respeito à pessoa insere-se como princípio bioético, na garantia do autogoverno das pessoas, permitindo que estes deliberem de modo livre e sem influências externas, acerca dos tratamentos e procedimentos que tencionam se submeter ou não.²⁹¹

Com isso, a relação médico-paciente sofre vultuosa transformação, de modo que, “a relação de autoridade perde espaço para a consideração do paciente como sujeito partícipe do processo de tratamento.”²⁹² Para tanto, exige-se do processo de intervenção não apenas transparência, mas o respeito para com o consentimento livre e esclarecido do sujeito.

No que tange o princípio da justiça, invocam-se os fundamentos da equidade, pretendendo assegurar a todos o mesmo direito quanto a intervenção médica/científica, maximizando as benesses, com mínimos custos econômicos, sociais, emocionais e físicos, porquanto “justa é a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica.”²⁹³

À vista disso, não-maleficência, beneficência, justiça e autonomia configuram os parâmetros bioéticos, princípios *prima facie*, considerados diante de um dilema envolvendo a vida e, nesse ponto, apesar de restar evidenciado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress a inexistência de uma hierarquização entre eles, esse entendimento não é uníssono. Parcela da doutrina,²⁹⁴ embora concorde com a composição principiológica tetra, defende que tais princípios não se alocam em mesmo nível.

²⁹⁰ SÁ; NAVES, 2021, p. 26.

²⁹¹ MALUF, 2020, p. 22.

²⁹² SÁ; NAVES, op. cit., p. 26.

²⁹³ Ibid., p. 27.

²⁹⁴ A exemplo de Diego Gracia; Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves.

Isto posto, a autonomia e a beneficência aproximar-se-iam no sentido de permitir a constituição de sujeitos moralmente diferentes, incentivando a manifestação de suas particularidades. Por outra perspectiva, a não-maleficência e a justiça comporiam preceitos morais aplicáveis pelo Estado a toda a sociedade, indistintamente. Assim, os princípios bioéticos seriam decompostos em deveres privados – beneficência e autonomia – e, deveres públicos – não-maleficência e justiça.²⁹⁵

Veiculando o resultado do consenso social e histórico alcançado pelas civilizações, a não-maleficência e a justiça possuiriam, hierarquicamente, superioridade sobre os demais. Logo, em caso de conflito entre um dever privado e outro público, este teria prevalência, exceto sobre o ponto de vista genético, momento em que o respeito à diversidade se mostraria elevado.²⁹⁶

Além dessa querela, há outro dissenso no que tange a esfera axiológica dos instrumentos em prol da salvaguarda da vida. Na disciplina do biodireito, diferentemente do que sucede com a bioética, inexistem molduramento preciso dos princípios em um núcleo fechado e, desse modo, a depender do doutrinador, as diretrizes do biodireito transitam entre os princípios da precaução, autonomia privada, responsabilidade, dignidade da pessoa humana e sacralidade da vida.²⁹⁷

²⁹⁵ “Si todo este razonamiento es correcto, entonces los cuatro principios de la bioética deben ordenarse en dos niveles: uno privado, que comprende los principios de autonomía y beneficencia, y otro público, con los de no-maleficencia y justicia.”

Tradução livre: “Se este raciocínio está correto, então os quatro princípios da bioética devem ser ordenados em dois níveis: um privado, que compreende os princípios da autonomia e beneficência, e outro público, com os de não-maleficência e justiça. ”

GRACIA, 2021, p. 102.

²⁹⁶ “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 genética 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.”

Tradução livre: “Resumidamente, os quatro princípios bioéticos, longe de estarem no mesmo nível, se estruturam em dois níveis distintos que definem duas dimensões da vida moral: o privado, formado pelos princípios de autonomia e beneficência, e o público, formado por os princípios de autonomia e beneficência, não maleficência e justiça. As relações entre esses dois níveis são regidas por duas regras. A primeira ou genética diz que cronologicamente o primeiro nível é anterior ao segundo. A segunda ou hierárquica afirma que em caso de conflito entre as atribuições desses dois níveis, as atribuições do nível público sempre têm prioridade sobre as do nível privado. ”

Ibid., p. 104.

²⁹⁷ A título exemplificativo, cita-se Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, para os quais, os princípios do biodireito reservam-se à: precaução, autonomia privada, responsabilidade e dignidade da pessoa humana. Já Rui Geraldo Camargo Viana e Maria Áurea

Nesse prisma, elege manter-se afastado dessa contenda, reservando-se a tecer, contudo, exclusiva consideração acerca do valor intrínseco da pessoa humana, princípio da dignidade, eis que preceito universal em todos as tentativas de teorização principiológica do biodireito.

Antes de compor a principilogia dessa matéria, a dignidade humana insere-se no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, rearticulando os fundamentos do Estado Democrático de Direito a fim de elevar a amplitude e vultuosidade da pessoa humana. E, por esse ângulo,

O direito constitucional adota um sentido mais amplo na pós-modernidade. Isto se justifica não só pelo próprio objeto da bioética, mas também pela elevação do tratamento jurídico dos temas que por ela são debatidos. Pode-se falar mesmo numa elevação ao nível de matéria constitucional, ou seja, vê-se o nascimento de um biodireito constitucional. Preocupa-se o constitucionalista com o embate entre a ética, quanto filosofia teórica e a bioética, enquanto filosofia prática. Nesse sentido, os valores constitucionais se espraiam em todas as direções: pelo biodireito, bioética, pela deontologia médica, pela valorização da importância difusa das questões ambientais.²⁹⁸

À vista dos diluídos progressos biotecnológicos que assolam a pós-modernidade, as questões envolvendo os valores humanos exigem uma rearticulação do constitucionalismo contemporâneo, de tal sorte que a dignidade humana se erige como condição para o gozo da vida. Nesse sentido, tanto o direito constitucional quanto o biodireito almejam a proteção comum da vida humana, admitindo-se, por conseguinte, entre ambos, a composição de um arsenal normativo fundado na dignidade da pessoa humana.

E, exatamente por isso, o aparato constitucional serve de eixo condutor, do ponto de vista jurídico-normativo, às soluções de problemas enfrentados tanto pelo biodireito quanto pela bioética. Partilhando de mesmas dúvidas e incertezas, a convergência dessas disciplinas conduz com maior naturalidade a remédios mais adequados.²⁹⁹

A despeito dessa rasa análise, a materialização desse princípio fora melhor desenvolvida no capítulo anterior, em especial, no contexto do conteúdo mínimo da liberdade contratual em tempos pós-modernos. Apesar de não esgotado o

Hebling de Marchi entendem como princípios do biodireito a: precaução, responsabilidade, dignidade e sacralidade da vida.

²⁹⁸ MALUF, 2020, p. 31.

²⁹⁹ ALARCÓN, 2004, p. 155-165.

assunto, reservando-se o estudo a outro enfoque, nota-se que a dignidade humana, conceito aberto e elástico, figura, em razão de sua máxima relevância, em vários contextos, ora atuando como baliza, ora como finalidade a ser alcançada. Díspar não seria o cenário afeto aos dilemas científicos adstritos às ingerências genéticas.

3.3 IMPLICAÇÕES CLÍNICAS DAS TÉCNICAS DE ACONSELHAMENTO, DIAGNÓSTICO E TERAPIAS GENÉTICAS

Ante os avanços da ciência médica, especialmente no campo da engenharia genética e da reprodução humana, torna-se corrente a dissociação entre sexualidade e fecundação. Desse modo, a ideia reducionista de que o surgimento da vida humana se atrelava a um fenômeno natural, absolutamente incontrolado pelo homem cedeu espaço para técnicas de gerenciamento e manutenção da vida, sustentada por um *modus operandi* característico do biopoder, mas reinterpretado no âmbito da pós-modernidade.

A possibilidade de procriar artificialmente aliada à revolução da contracepção, ou seja, à separação da sexualidade e procriação que permite ao casal ter filhos quando querem e se querem, possibilitou ao homem escolher, livre e voluntariamente, o momento da chegada da criança esperada. Mas nenhuma evolução ou revolução, por mais intensa que se tenha manifestado, afastou a hipótese da procriação, plenamente latente na sociedade atual, como o era na primitiva.³⁰⁰

Com efeito, a infertilidade fora, desde o início, historicamente estigmatizada, ao passo que a fertilidade era concebida como aspecto fundamental para a sobrevivência das gerações.³⁰¹ Partindo do advento da procriação artificial, promoveu-se no âmbito social um novo “meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril”³⁰² e, nesse ínterim, impõe-se a todos enquanto um instrumento do domínio técnico-científico da reprodução humana, cujos efeitos diretos são muito mais relevantes do que aqueles que advém da generalização da contracepção.

Assim, a reprodução assistida inscreve-se em um contexto médico,

³⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

³⁰¹ REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 326.

³⁰² LEITE, op. cit., p. 26.

científico e sociocultural típico das sociedades industrializadas, mas é no terreno da engenharia genética, entre o fundamento voluntário³⁰³ e o fundamento biológico³⁰⁴ da filiação, que as técnicas de procriação artificial encontram abrigo e sustento. Antes de detalhar, especificamente as práticas de aconselhamento, diagnóstico e terapias genéticas, coerente tecer básicas considerações acerca dos procedimentos de reprodução humana mais recorrentes,³⁰⁵ quais sejam: inseminação artificial e fecundação ou fertilização *in vitro*.

A inseminação ou fecundação artificial corresponde a uma transferência mecânica de espermatozoides, geralmente objetos de prévia seleção,³⁰⁶ para o interior da cavidade uterina ou canal cervical feminino, em momento em que o óvulo se encontra suficientemente maduro e, portanto, apto para ser fecundado.³⁰⁷

A fertilização *in vitro*, com sucessiva transferência de embriões – FIV/FIVETE –, diferentemente do método anterior, consiste na fecundação de ovócitos extracorpórea, em uma placa de *Petri*, após preliminar “aspiração dos mesmos (embora também possa envolver a utilização de ovócitos de doadora, previamente criocongelados ou não) seguida da sua reimplantação já como embriões”³⁰⁸ no corpo feminino. Nesse ínterim, partilha das seguintes etapas:

1. Recogida de óvulos, previa hiperestimulación ovárica, por vía trasvaginal. Esta hiperestimulación ovárica implica el tratamiento hormonal previo en la mujer para inducir en ésta una ovulación múltiple. La recolección de los ovocitos se realiza mediante la punción del fondo de saco vaginal, mediante un catéter que, guiado por ecografía, puede ser dirigido exactamente para puncionar los folículos ováricos y aspirar su contenido, abundante en ovocitos.
2. Maduración de los ovocitos extraídos, en un medio de cultivo.
3. Recogida y capacitación del espermatozoide
4. Co-cultivo de ovocitos y espermatozoides (fecundación in-vitro).

³⁰³ Filiação de direito.

³⁰⁴ Filiação de fato.

³⁰⁵ Como posto, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são técnicas mais recorrentes no âmbito da reprodução assistida, porém, não são as únicas. Outras técnicas que podem ser citadas a título de exemplificação são: Transferência intrafalopiana de gametas (GIFT): transferência dos ovócitos e dos espermatozoides para as trompas de Falópio, para que ocorra a fecundação. Pressupõe incisão no abdómen feminino / Transferência intrafalopiana de zigotos (ZIFT): pressupõe uma prévia fecundação *in vitro*, com transferência efetuada por meio de celiscopia ou laparoscopia / *Natural cycle IVF*: procede-se a fertilização do único óvulo produzido no respectivo ciclo mensal, sem estimulação hormonal da produção de ovócitos / Injeção intracitoplasmática (ICSI): por meio da qual introduz-se, por meio de uma agulha finíssima, um único espermatozoide no citoplasma do óvulo. Posteriormente segue os passos da fertilização *in vitro*.

REIS, 2008, p. 334-337.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 331.

³⁰⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas**. Curitiba: Genesis, 2004, p. 20.

³⁰⁸ REIS, op. cit., p. 334.

5. Verificación, bajo el microscopio, de la fecundación y segmentación del cigoto.
6. Selección de los embriones más “aptos”. Esta selección implica la aplicación de criterios morfológicos para escoger los embriones y supone una decisión externa a la pareja sobre cual embrión es mejor, las implicaciones bioéticas son evidentes.
7. Transferencia intrauterina de los embriones más apropiados (tras 2 días de cultivo).
8. Congelación (criopreservación) de los embriones sobrantes, por si es necesaria su posterior utilización en el caso de que el procedimiento no tenga éxito.³⁰⁹

À vista dessa análise, a inseminação artificial normalmente é indicada diante de situações de infertilidade psicológica ou problemas de impotência masculina adstritas à baixa quantidade de espermatozoides ou reduzida qualidade/mobilidade, situações de reação biológica feminina adversa ao espermatozoide ou problemas de ovulação ou esterilidade masculina. A fertilização *in vitro*, por seu turno, é recorrentemente, indicada para casos graves de infertilidade masculina, a exemplo de prévia vasectomia, sobretudo ante as suas peculiaridades e complexidades.³¹⁰

Desse modo, o método intracorpóreo representado pela inseminação artificial, apesar de compor o gênero dos instrumentos de reprodução humana assistida juntamente com a técnica extracorpórea de fertilização *in vitro*, partilha com esta de traços singulares, especialmente no âmbito de sua pertinência e adequação. Como visto, enquanto a primeira restringe-se a uma conjuntura, de certo modo mais amena que a segunda, pressupondo normalidade anatômica e funcional do aparelho reprodutor feminino e, portanto, adstritas a situações de infertilidade ou sub-infertilidade masculina, a fertilização *in vitro*, com posterior transferência de embriões enquadra-se como a principal técnica inserta no gênero de métodos de reprodução humana assistida extracorpóreas e, dada a natureza da concepção dar-se

³⁰⁹ Tradução livre: “1. Coleta de óvulos, após hiperestimulação ovariana, por via transvaginal. Esta hiperestimulação ovariana implica tratamento hormonal prévio na mulher para induzir a ovulação múltipla nela. Os ovócitos são coletados por punção do fórnice vaginal, por meio de um cateter que, guiado por ultrassom, pode ser direcionado com precisão para puncionar os folículos ovarianos e aspirar seu conteúdo, que é abundante em ovócitos. 2. Maturação dos ovócitos extraídos, em meio de cultura. 3. Coleta e treinamento de espermatozoides. 4. Co-cultura de ovócitos e espermatozoides (fertilização *in vitro*). 5. Verificação ao microscópio da fecundação e segmentação do zigoto. 6. Seleção dos embriões mais “aptos”. Esta seleção implica a aplicação de critérios morfológicos para escolher os embriões e supõe uma decisão externa ao casal sobre qual embrião é melhor; as implicações bioéticas são evidentes. 7. Transferência intrauterina dos embriões mais adequados (após 2 dias de cultivo). 8. Congelamento (criopreservação) dos embriões remanescentes, caso seja necessário seu uso posterior caso o procedimento não seja bem-sucedido.”

GARRIDO, Gloria Maria Tomás y. **Cuestiones Actuales de Bioética**. 2.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011, p. 82-83.

³¹⁰ MEIRELLES, 2004, p. 20-21.

externamente ao corpo feminino, é admitida ante a circunstâncias de maior complicação.

Postas essas breves diferenciações, às custas da notável esperança oportunizada pelas técnicas de reprodução assistida, as práticas de manejo de células, gametas e embriões retratadas pelo campo da engenharia genética encontraram solo fértil para o seu florescimento e correspondente desenvolvimento.

Uma vez exequível a fecundação extracorpórea, não seria inacreditável conceber a possibilidade de realização de diagnósticos e tratamentos desferidos em favor de vidas em potencial. De fato, como já retratado, ante o desenvolvimento das ciências, em especial na área biotecnológica, irrazoável seria exigir o aguardo pelo nascimento para então inaugurar investigações e terapias médicas.

Não há nada de errado na aspiração independente de tornar as vidas das gerações futuras mais longas e mais repletas de talento e, por conseguinte, realizações. Pelo contrário, se brincar de Deus significa lutar por aprimorar nossa espécie, trazer aos nossos projetos conscientes a resolução de aperfeiçoar o que Deus, de maneira deliberada, ou a natureza, às cegas, fez evoluir no decorrer dos tempos, então, o primeiro princípio do individualismo ético rege tal luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que se impeçam os cientistas e os médicos de travá-la.

A medicina genética oportunizou que o homem se travestisse de criador, administrando, pois, as suas criações, por meio da adoção de práticas de seleção e manipulação genética, antes mesmo da implantação do embrião no corpo feminino.³¹¹ O temor pelo desconhecido fez com que o estudo e a investigação atingissem as enfermidades genéticas, a fim de que fosse, previamente, impedido o seu desenvolvimento ou, promovido o seu tratamento.

Nesse ínterim, o aconselhamento genético emerge enquanto um processo de comunicação que se encarrega de problemas humanos associados à ocorrência ou ao risco de uma doença genética.³¹² Enquanto um ato médico,³¹³ pode

³¹¹ “É importante registrar que toda diversidade genética (polimorfismo genético), responsável tanto pelo processo evolutivo como pelas diferenças individuais em uma população – normal ou patológica – surge através do processo de mutação.”

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 47.

³¹² ASHTON-PROLLA, Patrícia; GIUGLIANI, Roberto. Aconselhamento genético na era genômica. *In*: MIR, Luís. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004, p. 229.

³¹³ O aconselhamento genético pode ser descrito como “ato médico através do qual se informa um casal a respeito das probabilidades que tem de procriar um filho com uma enfermidade genética; uma alteração cromossômica, ou uma embriofetopatia.”

ser descrito como um

[...] processo educacional de ajuda ao paciente e seus familiares que abarca os distintos aspectos de uma enfermidade genética, isto é, com risco de um transtorno que pode ser hereditário, são advertidos das consequências do referido transtorno, da probabilidade de tê-lo e/ou transmiti-lo de forma que isso possa ser evitado ou melhorado.³¹⁴

Fundado no estudo da genealogia familiar, o aconselhamento genético é prática indicada a antecedentes específicos, dirigido a casais com maior probabilidade de riscos genéticos, a exemplo daqueles formados por sujeitos com certo grau de parentesco sanguíneo; indivíduos que apresentem enfermidades hereditárias em seus ascendentes; pessoas que possuam um filho afetado por alguma enfermidade genética ou cromossômica; casais que partilhem de fracassos reprodutivos antecedentes, abortos repetidos ou que apresentem alguma infecção passível de transmissão ao feto – como rubéola, hepatite B, Torch e etc.³¹⁵

Considerando sua natureza informacional, enumeram-se as seguintes fases para a realização de um adequado aconselhamento genético, quais sejam: *i)* a conduta médica informacional, de transmissão da informação ao paciente acerca da possibilidade e enquadramento para a realização do exame preditivo; *ii)* a efetiva realização do diagnóstico genético, posteriormente a colheita de consentimento livre e esclarecido; *iii)* avaliação do risco individual e/ou familiar com posterior valoração dos resultados obtidos; *iv)* comunicação dos resultados, prognósticos e opções de redução de risco³¹⁶ e manejo; e, por fim, *v)* a execução da terapia médica decorrente.³¹⁷

De toda sorte, não se pode desconsiderar as premissas primordiais à fundamentação teórica, tal como prática do aconselhamento genético: tomada de decisões livres e esclarecidas, aconselhamento não-diretivo e não-coercitivo, proteção à confidencialidade das informações genéticas, associação com outras práticas, como diagnósticos genéticos e terapias gênicas, bem como cautela e

BAIGET BASTÚS, Montserrat. El diagnóstico molecular de las enfermedades hereditarias: su utilidad en el consejo genético. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Genética Humana**. Bilbao: Fundación BBV, 1995, p. 159.

³¹⁴ DELGADO RUBIO, Alfonso. Aspectos clínicos del consejo genético. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Genética Humana**. Bilbao: Fundación BBV, 1995, p. 160.

³¹⁵ HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 68.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ SÁ; NAVES, 2021, p. 201.

prudência quanto aos enfoques psicossociais e afetivos relacionados à gestão e efeito das informações hereditárias.

Em face dessas noções, pode o aconselhamento genético se caracterizar pelo momento de sua realização, constituindo-se pré-conceptivo, quando resultar de diagnósticos promovidos antes da concepção; pré-implantatário, se executado após a concepção *in vitro*, mas antes da implantação ou pré-natal, realizado depois da implantação no útero, já com exames no nascituro.³¹⁸

Em outras palavras, tencionando o liame do aconselhamento para com outros procedimentos, a exemplo do diagnóstico genético e, partindo de uma análise temporal, estabelece-se a seguinte cronologia: poderá o aconselhamento preceder o diagnóstico, quando sua intenção circundar no alerta, aos que o buscam, das eventuais implicações e dilemas que o diagnóstico possa vir a suscitar. Por outra via, realizar-se-á durante e/ou posteriormente ao diagnóstico, na ocasião em que o profissional médico possuir o conhecimento parcial ou integral, firmado sob uma anamnese e, uma vez ciente das opções, dar-se-á a deliberação do paciente.

O diagnóstico genético, tenciona identificar a possibilidade de transmissão de enfermidades genéticas à descendência, admitindo-se em três classes: pré-conceptivo, pré-implantatário e pré-natal. O diagnóstico genético pré-conceptivo corresponde ao exame genético realizado antes da fusão dos gametas masculino e feminino, *in vivo* ou *in vitro*, indicado, usualmente, em casos de idade reprodutiva materna elevada; consanguinidade; histórico familiar de doenças genéticas; infertilidade; falência ovariana prematura; amenorreia primária; menopausa precoce ou teste de portador.³¹⁹

Como esse diagnóstico é realizado em momento anterior à concepção, uma vez constatada a possibilidade de transmissão de patologia genética, sendo a gestação o produto da decisão do casal, indicada é a utilização de técnicas de reprodução assistida somadas aos procedimentos de seleção terapêutica embrionária.

Diversamente, comporta-se o diagnóstico genético quando pré-implantatário, técnica que implica em “biópsia de uma ou duas células em um embrião de três dias, período em que possui entre seis e doze células.”³²⁰ O exame,

³¹⁸ SÁ; NAVES, 2021, p. 194.

³¹⁹ Ibid., p. 202-203.

³²⁰ Ibid., p. 203.

propriamente dito, ocorre mediante dois métodos: a *Polimerase Chain Reaction* – PCR –, para a detecção de patologias gênicas e a *Fluorescent “In Situ” Hibridization* – FISH –, para diagnóstico de patologias cromossômicas e, apesar da extração de célula para a realização do diagnóstico, não há comprometimento no desenvolvimento do embrião.

Uma vez detectada deficiência ou doença, considerando o momento da realização desse exame – após a concepção, mas antes da implantação – a consequência pode recair tanto na realização *stricto sensu* da manipulação genética, por meio da adoção de terapias gênicas sobre o embrião ou apenas sua seleção terapêutica, com posterior congelamento, doação ou descarte dos excedentários.

Quando a realização do diagnóstico pospor-se à implantação, dado o avançar da gestação, implica-se na utilização de técnicas mais invasivas, ofertando maiores riscos tanto ao nascituro, quando à gestante, ambos alvos desse exame pré-natal.

Assim, na ordem dos perigos ao feto, no caso de detecção de alguma patologia, além da indicação de adoção de terapia genética fetal, existe a possibilidade de orientação pela realização de um aborto eugenético, hipóteses estas que excitam uma série de dilemas, sobretudo na esfera do respeito e dignidade das pessoas com deficiência, os quais serão abordados, profundamente, nas discussões restritas ao capítulo subsequente.³²¹

Entre as benesses à serviço do progresso da humanidade, destaca-se a terapia gênica, tratamento de patologias adquiridas ou herdadas, em que se promove a manipulação dos genes defeituosos a fim de lograr a cura ou, ao menos, a estagnação da anomalia.

Defronte a estimativa de que cerca de 5% dos nascidos vivos são portadores de algum distúrbio genético envolvendo enfermidades monogênicas,

³²¹ “O médico poderá, diante das provas obtidas, aconselhar o paciente a continuar a gravidez, uma vez não tendo sido detectada nenhuma deficiência ou doença. Por outro lado, em caso de detecção de alguma deficiência ou doença, as opções podem ser o aborto por indicação eugenésica, caso seja, permitido pelo ordenamento jurídico, ou a iniciação de terapia fetal (terapia gênica) (CASABONA, et. al., 2006, p. 197). De toda forma, ainda que cientes de um diagnóstico de doença ou deficiência, os genitores podem dar seguimento a gestação.”

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Lara Antunes de. Responsabilidade civil e reprodução humana assistida: a (in)aplicabilidade das ações de *wrongful conception* ou *pregnancy birth* nos tribunais brasileiros. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 390.

cromossômicas ou multifatoriais,³²² acentua-se a demanda pelas terapias gênicas, cuja realização pode ser oportunizada por duas vias: terapia genética em célula somática e terapia genética em célula germinativa.

As terapias somáticas conduzem a alteração genética em células que já possuem material genético completo, portanto a alteração no material genético atinge, com exclusividade, o indivíduo envolvido no tratamento. É realizada por meio de um vetor, usualmente um adenovírus ou um retrovírus, a partir da transferência de material genético para o organismo infectado, com ou sem a destruição das células hospedeiras, respectivamente.³²³

As terapias germinativas, operam-se, por sua vez, em células reprodutoras, totipotentes e com alto grau de diferenciação, logo, essa intervenção poderá refletir em toda a descendência. Diante da maior complexidade que implica suas consequências, com vistas às gerações futuras e a efeitos desconhecidos, a modificação permanente da integridade da pessoa em linha germinativa é prática ilícita, apesar de cientificamente possível.

Já no que enuncia a prática somática, valorizada é a prudência com que se avalia e realiza o procedimento, especialmente diante do potencial definitivo e dos eventuais mistérios adstritos a essa terapia, a exemplo da potencialidade oncogênica.³²⁴ Em outros termos,

[...] se permite exclusivamente la terapia génica en la línea somática, quedando dentro de lo prohibido las modificaciones perfectivas o de mejora. Tampoco están permitidas las intervenciones génicas en la línea germinal (en

³²² HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 47.

³²³ “A maioria dos vírus infecta uma célula, reproduz-se e então destrói a hospedeira para permitir que os ‘vírus-filhos’ escapem e infectem outras células; os retrovírus, por sua vez, costumam ser mais delicados e gentis, pelo menos para com a célula hospedeira, pois as novas cópias virais são remetidas sem destruí-la. Isso não significa que um retrovírus seja mais ameno para o organismo hospedeiro; às vezes justamente o oposto é verdade, como demonstram os efeitos do HIV, talvez o mais conhecido retrovírus. Todavia, significa que os genes virais – e qualquer gene extra que o vírus possa ser induzido a transportar – se tornam parte permanente do genoma da célula não destruída.”

WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 376.

³²⁴ “[...] a terapia gênica somática apresenta incalculável potencial oncogênico. Podemos perceber esse risco a partir de um caso ocorrido na França, em 2000. No Hospital Necker, de Paris, sob a chefia de Alain Fischer, dois bebês com ADA foram submetidos à terapia. A inovação ficou por conta da utilização de células-tronco da medula óssea dos bebês. Assim, quando as células-tronco se reproduzissem gerariam automaticamente células com genes saudáveis, numa ‘correção genética autorregenerante.’ Os resultados da terapia foram incríveis nos primeiros anos, mas em 2002, descobriu-se que um dos bebês apresentava quadro de leucemia. Embora o risco oncogênico seja real, no caso da ADA o resultado obtido ainda pode ser considerado vantajoso, em razão de suas características e dificuldades de tratamento.”

SÁ; NAVES, 2021, p. 214.

este caso, tanto curativas como no curativas, y por lo menos algunas de éstas últimas podrían calificarse de eugenésicas) si afectan al genoma de la descendencia, salvo modificaciones que pudieran ocurrir de forma accidental.³²⁵

Destarte, nota-se que o progresso científico rompeu com uma imaginária “caixa de Pandora”, na qual os procedimentos e técnicas médicas transitam no limiar dicotômico entre a ampliação de qualidade de vida e a desumanização dos homens. Nesses termos, emerge a ética e o direito, valendo-se sobretudo da roupagem da bioética e do biodireito, a fim de regulamentar até onde os avanços da ciência podem ascender, a fim de que os mesmos se restrinjam em beneficiar a humanidade, sem coloca-la em ameaça.

As diretrizes bioéticas e biojurídicas tendem a refletir não apenas no panorama interno, mas também no cenário internacional, seja por meio de convenções, leis ou normas deontológicas elaboradas pelos conselhos de classe. Por meio desses documentos, as práticas médicas da engenharia genética encontram certa limitação e propósito, a despeito da biopolítica que se inserem: o incremento da raça humana, na conservação de sua dignidade.

3.4 SETORIZAÇÃO DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA: DA TERAPIA AO APRIMORAMENTO

O termo “eugenia” agregado, ora ao predicado “positiva”, ora ao predicado “negativa” e, comumente utilizado a fim de referenciar as técnicas de ingerência genética, teve origem historicamente vinculada às contendas nazistas e práticas de higiene genealógica.

Entretanto, apesar de não ser objeto do presente estudo as discussões acerca da valoração histórica incutida no vocábulo, fundamental se torna a desassociação da referida palavra da ideia de pureza racial, logrando, por conseguinte, a correlata dissociação da manipulação genética da distorcida profilaxia

³²⁵ Tradução livre: “[...] permite-se apenas a terapia gênica em linhas somáticas, ficando proibidas as modificações de aperfeiçoamento e de melhoria. Também não se permitem as intervenções gênicas em linha germinal (neste caso, tanto curativas como não curativas, e pelo menos algumas destas poderiam ser chamadas de eugênicas) se afetam o genoma da descendência, salvo alterações que possam ocorrer acidentalmente.”

ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica del genoma humano en el Derecho Internacional: El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Genética y derecho**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, v. 36, p. 320.

racial.

Os movimentos totalitários e misóginos a exemplo do nazismo atuaram a partir de uma perversão da ideia de eugenia, de tal sorte que nem todos os filiados à doutrina eugênica eram favoráveis à essa política de segregação. Assim sendo, o desconforto com a utilização do termo “eugenia” no âmbito das técnicas de interferência genética funda-se em uma falha comunicação, visto que a negatividade conexa a referida ideologia da época guarda maior relação com a ideia de discriminação do que com a própria “expressão”, porquanto atribui-se a origem dos embasamentos nazistas a momento muito antes da alcunha “eugenia” por Francis Galton – 1883 –, a partir da publicação da obra intitulada “Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas”, de 1854.³²⁶

Mesmo ponderando que nem todos os partidários da eugenia eram, igualmente, partidários da concepção de segregação racial, ainda assim, a eugenia teve associada às políticas de superioridade racial. Assumindo a concepção de chave magna da regeneração humana, vinculada ao estudo da hereditariedade, evolução e descendência, fora utilizada como justificativa para as ditas atrocidades étnicas.

Nessa senda, a ínsita bipartição conceitual em eugenia positiva e negativa valorava, respectivamente, o intuito de se potencializar o alcance do “tipo eugênico” e diminuir quantitativamente o nascimento de sujeitos “disgênicos”. Isto é

A eugenia positiva tinha como objetivos centrais propiciar a seleção eugênica na orientação aos casamentos e estimular a procriação dos casais considerados eugenicamente aptos para tal. A seleção matrimonial destinava-se à seleção de boas linhagens hereditárias a fim de, preferencialmente, alcançar o “tipo eugênico”, tido como uma “*synthese* feliz de qualidades superiores de temperamento e de inteligência”.

[...]

A eugenia negativa visava o segundo aspecto do ideal eugênico, ou seja, diminuir o número dos seres não-eugênicos ou disgênicos e incluía basicamente a limitação ao casamento e procriação daqueles assim considerados. Propunha-se maior controle governamental sobre os casamentos e sobre a reprodução, através da exigência de exames pré-nupciais e de estudos genéticos, sendo a procriação desaconselhada, por exemplo, em caso de avançada idade materna ou de consanguinidade do casal. Defendia-se o aborto eugênico, o controle das fontes de degeneração como o alcoolismo e as doenças venéreas e algumas limitações nas políticas imigratórias do país, discutia-se sobre segregação e esterilização de doentes

³²⁶ “[...] vale lembrar que as ideias alemãs se originaram do trabalho do Conde de Gobineau intitulado *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*, publicado em 1854. Portanto, ele foi publicado antes das ideias darwinistas terem sido divulgadas e do termo Eugenia ter sido criado.”

GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. 1998. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm>. Acesso em: 24 nov. 2022, s/p.

mentais e outros degenerados.³²⁷

Feitas essas considerações e com a condenação das práticas de unicidade racial acrescidas do conseqüente incremento da diversidade humana, promove-se uma desmistificação do vocábulo “eugenia” a fim de demonstrar que a real motivação da crítica é a valoração negativa da discriminação e, não propriamente da acepção da eugenia.

Desse modo, atualiza-se a dupla qualificação desse termo, a fim de ilustrar diferentes segmentos no âmbito da engenharia genética. Nessa lógica, enquanto a eugenia negativa refere-se à manipulação genética com finalidade terapêutica, a eugenia positiva avulta a ingerência genotípica com intuito de aprimoramento.

Apesar dos esclarecimentos antecedentes, insta elucidar a existência de parcela doutrinária que, em completa aversão aos programas nazistas e, temerários quanto a uma possível confusão conceitual, defendam não apenas a ressignificação da expressão “eugenia”, mas inclusive, a substituição de sua grafia por “eugenética”. Destarte,

[...] no início do século XX, eugenia positiva implicava em ações para estimular a boa reprodução; eugenia negativa em ações para limitar a má reprodução. Por outro lado, no início do século XXI, eugenética negativa implica em ações para prevenir doenças genéticas; eugenética positiva especula sobre criar ou melhorar características físicas e mentais do futuro ser.³²⁸

Assim sendo, independentemente da utilização do termo “eugenia” ou “eugenética” para referenciar às práticas contemporâneas, verifica-se que a subdivisão teórica subsiste. À vista disso, contrapõem-se duas correntes doutrinárias: uma no sentido de considerar a eugenia negativa e positiva espécies distintas reunidas no gênero manipulação genética e outra, contrária a tentativa de estabelecer essa diferenciação, por considerarem a terapia genética – eugenia negativa –, como parte das técnicas de melhoramento humano – eugenia positiva.

Favoráveis às interferências genéticas curativas, contudo contrários

³²⁷ MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significações e contradições. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. Universidade de São Paulo, 14 (2), p. 251-258, março/abr., 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rlae/article/view/2289/2418>. Acesso em: 24 nov. 2022, p. 254.

³²⁸ Ibid., p. 257.

às ingerências de melhoramento por julgarem-nas imorais, os bioconservadores³²⁹ não apenas defendem a existência dessa subdivisão, mas sustentam suas razões argumentativas nelas. Nessa lógica,

Ao cuidarem da saúde dos filhos, os pais não os convertem em produtos da sua vontade ou instrumentos da sua ambição, nem se lançam ao papel de projetistas. Não se pode dizer o mesmo daqueles que pagam quantias exorbitantes para escolher o sexo do filho (por motivos alheios à medicina) ou que desejam projetar com a bioengenharia os dotes intelectuais e as competências esportivas da sua prole. Como todas as distinções, o limite entre terapia e melhoramento se torna indistinto nos extremos. [...] isso, porém, não obscurece o motivo pelo qual essa distinção é importante: os pais que desejam melhorar os filhos têm mais probabilidade de exagerar, de expressar e defender atitudes que vão contra o princípio do amor incondicional.³³⁰

Logo, é possível ilustrar esse entendimento por meio da seguinte representação:

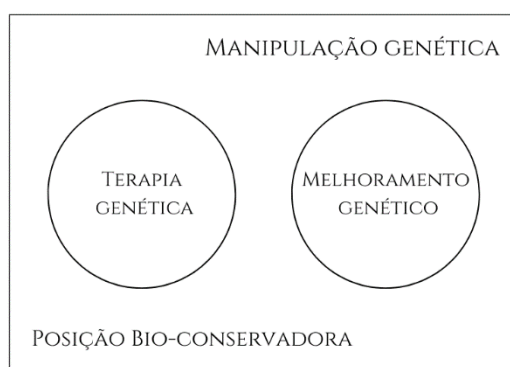


Figura 2: Ilustração da posição bioconservadora.

Por outro lado, os adeptos à corrente pró-melhoramento não compreendem as técnicas de aprimoramento humano apartadas dos propósitos terapêuticos, sobretudo diante da dificuldade de determinação do conceito de doença, valendo-se, exemplificadamente, da conjuntura adstrita às cirurgias estéticas embelezadoras para demonstrar que questões fenotípicas podem atrelar-se, também, aos propósitos da medicina.

Genetic enhancement is not inherently immoral nor is genetic therapy inherently moral. Some forms of enhancement are immoral, others are not; likewise, some types of therapy are immoral, others are not. The implication of this view is that we should not use the therapy-enhancement distinction as

³²⁹ Cita-se, como exemplo Jürgen Habermas e Michael Sandel.

³³⁰ SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na era da engenharia genética**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. E-book, p. 40.

our moral compass in human genetics. In evaluating the ethical aspects of any particular genetic intervention, we should ask not whether it is therapy or enhancement but whether the intervention poses significant risks, offers significant benefits, violates or promotes human dignity, is just or unjust, and so on.³³¹

Nesse diapasão, o melhoramento genético comporia o gênero, do qual a terapia genética atuaria como espécie, conforme se denota da reprodução abaixo:

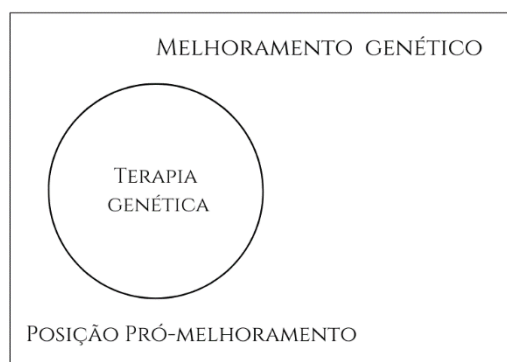


Figura 3: Ilustração da corrente pró-melhoramento.

Feitas essas considerações, a divergência teórica da argumentação defendida pela linha bioconservadora, em contraposição ao discurso pró-melhoramento serão melhor desenvolvidos no capítulo seguinte, entretanto, desde já essa análise se mostra relevante, dada a compreensão do posicionamento do qual tem se filiado a maioria das ordens jurídicas mundiais.

3.4.1 Entre a Deontologia e a Normatividade: Panorama Jurídico das Técnicas de Manipulação Genética

Principiando os avanços técnico-científicos vislumbrados na esfera da pós-modernidade – especialmente, com relação à engenharia genética –, a

³³¹ Tradução livre: “Melhoramento genético não é inerentemente imoral nem a terapia genética é inerentemente moral. Algumas formas de aprimoramento são imorais, outros não são; da mesma forma, alguns tipos de terapia são imorais, outros não. A implicação dessa visão é que não devemos usar a terapia de aprimoramento distinção como nossa bússola moral na genética humana. Ao avaliar a ética aspectos de qualquer intervenção genética particular, devemos perguntar não se é terapia ou aprimoramento, mas se a intervenção apresenta riscos significativos, oferece benefícios significativos, viola ou promove a dignidade humana, é justo ou injusto, e assim por diante.” RESNIK, David B. *The Moral Significance of the Therapy-Enhancement Distinction in Human Genetics*. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, 9, p. 365-377, 2000. Disponível em: file:///C:/Users/asus/Downloads/Resnik-therapypenhancement20morality.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022, p. 374.

manipulação genética transmutou-se de um empreendimento futurístico para uma realidade tangível e exponencial. Uma grande inquietude passa a “assombrar” a ética científica: se por um lado, o “retrocesso” terapêutico frustra toda e qualquer perspectiva “de melhora”, no combate a doenças crônicas e/ou autoimunes; de outro, uma explosão científica e tecnológica poderia instrumentalizar o indivíduo como meio a serviço do conhecimento.

Nessa toada, a prudência internacional dá-se azo a uma série de documentos e tratados que versam não apenas a respeito das condutas positivas a serem tomadas frente a situações específicas, mas normas de atuação, no âmbito geral, a fim de obstar que o interesse científico ou social prevaleça sobre o bem-estar do ser humano.

Com esse escopo, por meio da Declaração sobre o uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, os Estados comprometeram-se a cooperarem internacionalmente, a fim de assegurar que os resultados obtidos com os progressos técnico-científicos fossem partilhados por todos os setores da população e, utilizados para o fortalecimento do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.³³²

De igual modo, o interesse na preservação da dignidade humana em detrimento do avançar da ciência reflete nos termos da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, ao objetivar que a relevância da liberdade científica e das benesses tecnológicas sejam interpretadas conforme princípios éticos, na salvaguarda dos interesses das gerações presentes e futuras.³³³

Feitas essas considerações, evidencia-se que as possibilidades biotecnológicas de ingerência no genoma humano, bem como os progressos frente às técnicas de manipulação e terapias genéticas são, igualmente, alvos da cautela internacional, de tal sorte que resta absolutamente vedada, na ordem externa, qualquer ingerência que altere as informações hereditárias de um organismo, codificadas na sequência completa de seu DNA, exceto por pretexto preventivo, terapêutico ou diagnóstico, desde que não tenha por finalidade a modificação do

³³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. 1975. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec75.htm>. Acesso em 30 out. 2022.

³³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO**. 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

genoma da descendência,³³⁴ porquanto o genoma humano “subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.”³³⁵

A própria natureza das informações hereditárias codificadas nas cadeias de DNA as tornam suscetíveis de mutações, logo, diagnósticos e tratamentos que corroborem para tais alterações serão empreendidos, unicamente após prévia e austera análise dos potenciais riscos e eventuais benefícios, mediante consentimento preliminar, livre e informado dos sujeitos envolvidos.³³⁶

Desse modo, “nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana”,³³⁷ não sendo toleradas condutas anti-humanitárias, que apontem para a reificação do homem.

Verifica-se, portanto, uma incompatibilidade generalizada da ordem jurídica, em relação à utilização de técnicas de manipulação genética tanto para o “melhoramento” humano, por meio do aprimoramento de características como capacidades cognitivas e moral, bem como o manejo de células germinativas, que impliquem alterações desconhecidas à descendência.

Assim, os ordenamentos jurídicos, como um todo, tendem a simpatizarem-se com os argumentos favoráveis à segregação entre terapia genética e melhoramento humano, dada a tendência moral propagada universalmente na contemporaneidade aproximar-se da regulamentação das práticas curativas em detrimento dos procedimentos de melhoramento.

Igualmente, ao enunciar que a igualdade e a liberdade são partilhadas por todos, no exercício de sua dignidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, atua como substrato em questões relacionadas ao biodireito.³³⁸ Não

³³⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**. 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 30 out. 2022.

³³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da UNESCO**. 1997. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

obstante as referências explícitas, por meio de declarações internacionais específicas, todo documento que tenha a dignidade como parâmetro e guarneça a autodeterminação, autoriza o seu conjuro para solver questões afetas à bioética,³³⁹ a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 – promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 – ao reconhecer a dignidade e os direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.³⁴⁰

Já no campo do direito interno, a regulamentação legal em termos do biodireito e da bioética não é tão exaustiva, tampouco específica, de modo que os dispositivos normativos usualmente valem-se de termos abertos – a exemplo da própria dignidade da pessoa humana –, especialmente em virtude da impossibilidade de prognóstico de todas as eventuais relações e interações envolvendo a fisiologia humana.

A Carta Constitucional de 1988, por intermédio do inciso IV, do artigo 3º, incluiu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”,³⁴¹ tendo primado o constituinte, por meio de valores éticos, pela felicidade e completude humana, recheando o conceito aberto de dignidade, alocada como fundamento absoluto dos tratos regidos pela ordem constitucional.

A preservação da vida é tutelada pela Lei Maior como direito pético e afixa-se como essência das demais liberdades individuais, salvaguardando não apenas a integridade física, mas psíquica e anímica dos sujeitos. É no direito à vida que vedações à “tortura e ao tratamento desumano ou degradante” se amparam, com vistas a “garantir o desenvolvimento nacional”, por meio da construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”.³⁴²

Apoiado na legislação civil, anuncia-se que todas as pessoas possuem personalidade, não sendo tal dádiva passível de renúncia ou transmissão, ainda que de maneira voluntária. É defeso, portanto, qualquer ato de disposição do

³³⁹ AMARAL; PONA, 2015, p. 64.

³⁴⁰ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...]. Diário Oficial da União: Brasília, 06 de jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴² Ibid.

próprio corpo, tendente a importar em “diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”,³⁴³ de modo que inclusive os transplantes de partes do corpo vivo somente são autorizados, na modalidade não onerosa e, na hipótese de órgãos ou tecidos cuja retirada não obste a sobrevivência do doador, sem riscos à sua dignidade, seja pela duplicidade do órgão, seja por sua capacidade de regeneração, com fundamento na Lei n. 9.434.³⁴⁴

Os avanços científicos e as necessidades sociais foram tamanhas, que a inovação apresentada pela possibilidade de transplante de órgãos e tecidos abre espaço para um debate muito além da dúplice “qualificação” da doação em *post mortem* ou *in vida*. O debate estende-se à manipulação genética e à possibilidade de criação de seres híbridos e/ou geneticamente modificados, práticas nem tão futurísticas assim.

À vista da ínfima previsão conferida pelo Código Civil a respeito da reprodução assistida – ainda atrelada ao matrimônio e aos juízos romanos de paternidade e maternidade –, por meio da Lei n. 11.105, intitulada Lei de Biossegurança, estabeleceu-se limitações à manipulação genética envolvendo técnicas de fertilização *in vitro*, ao vedar o emprego da engenharia genética em células germinativas, zigoto ou embrião humano, considerando os riscos quanto à criação de seres humanos “transgênicos” – art. 6º, inciso III.³⁴⁵

Como visto, a célula germinal humana ou célula reprodutiva, por constituir-se como “célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia” – art. 3º, inciso VII da Lei n. 11.105/05 –,³⁴⁶ detém uma alta capacidade de diferenciação e, conseqüente transmissibilidade de informações genéticas aos descendentes. Por ser pluripotente, mereceu maior guarida legislativa, tal como na

³⁴³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 4 de fev. de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo primeiro do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...]. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 24 de mar. de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴⁶ Ibid.

seara internacional, vez que o corpo humano é máquina viva, no qual eventuais “defeitos” não podem ser prognosticados. A modificação permanente e hereditária, possibilitada pela engenharia genética, inaugura, pois, visita por solos pouco explorados.

Com a finalidade de instituir diretrizes a essas práticas cada vez mais recorrentes, a Resolução n. 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina vestiu o ordenamento de normas éticas e procedimentais adstritas à reprodução humana assistida, ambicionando que a partir desse procedimento, as questões afetas a infertilidade a impossibilidade gestacional fossem solvidas.³⁴⁷

Explicitamente, por meio deste documento deontológico, proibiu-se o uso da fertilização *in vitro* para a seleção de caracteres biológicos e/ou sexuais, autorizando-a quando o seu emprego refletir em evasão de doenças ao possível sucessor, inclusive, permitindo a utilização dessa técnica para “tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado [...]”.³⁴⁸

Sustentado em um aparato de diretrizes e recomendações, por meio da Resolução n. 2.217, o Conselho Federal de Medicina editou o Código de Ética Médica, o qual, por intermédio de seus arts. 15 e 16 fortalece a coibição de ingerências no genoma humano, quando esta importar em modificação genética da descendência – células germinativas –, pela criação de seres geneticamente modificados ou pela concepção de embriões a fim de eleição de sexo, eugenia ou promoção de híbridos ou quimeras – eugenia positiva –, possibilitando, contudo, terapias gênicas com vistas à “promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance [...]” – art. 32, Resolução n. 2.217/CFM.³⁴⁹

Veda-se, portanto, a intervenção no genoma humano, valendo-se da engenharia genética com o fito de alterá-lo, salvo nas hipóteses de terapia gênica, “excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação

³⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.320, de 20 de setembro de 2022.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.217, de 01 de novembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 30 out. 2022.

genética da descendência ” – art. 16, Resolução n. 2.217/CFM.³⁵⁰

Logo, o arranjo jurídico brasileiro se estabelece contrariamente não apenas à realização de ingerências genéticas no âmbito do melhoramento – seja de células somáticas e/ou germinativas –, mas defende o uso da manipulação genética com fins terapêuticos, em regra, somente diante de células somáticas, de modo que o emprego da terapia genética não se sustenta de maneira absoluta.

Com efeito, as técnicas de reprodução assistida poderão ser empreendidas na seleção embrionária submetida ao “diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças”,³⁵¹ para que, por meio da manipulação genética, seja possível evitar que o nascituro venha a possuir enfermidades genéticas e/ou hereditárias, como patologias autoimunes ou degenerativas.

Ante a frágil regulamentação interna somada à natureza deontológica das resoluções do Conselho Federal de Medicina, concebe-se a dúplici faceta da biotecnologia: ela é capaz de aproximar o homem do máximo gozo de sua dignidade, contudo, na mesma velocidade, pode reduzi-lo a um objeto da ciência. Apropria-se, assim, da reflexão de Antônio Marchionni como cerne desse capítulo: “[...] a experimentação, a libido do saber, a ânsia de criar artificialmente a vida pretendem escancarar os mistérios. Existe uma porta que não se deve abrir?”³⁵²

Todo exposto, partindo da ingerência da vida, como instrumento de controle em tempos de biopoder e biopolítica, a pós-modernidade exige tanto da ética quanto do direito, diretrizes que auxiliem à disciplina do progresso. E assim, nas linhas do biodireito e da bioética, com confluência constitucional e negocial, desencadeiam-se os esforços na busca pelos limites à liberdade científica, no aspecto contratual, dada a ânsia ético-jurídica pela conservação ao homem, de sua humanidade.

³⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² MARCHIONNI, Antônio. **Ética**: A Arte do Bom. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 40.

4 TEORIZAÇÃO DAS INGERÊNCIAS GENÉTICAS TERAPÊUTICAS E “HUMAN ENHANCEMENT””: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEÚDO CONTRATUAL

O ser humano é verdadeiramente um animal social e, conseqüentemente, político. Assim, é por meio das relações que firma com os seus pares que se cultiva o aperfeiçoamento pessoal e coletivo. Diante dessa natureza cultural, os sujeitos buscam por mecanismos que disciplinem e regulamentem esse relacionamento e, nesse sentido, emerge o direito.

Conforme exposto no capítulo introdutório desse estudo, dada essa intersubjetividade característica da raça humana, os sujeitos estão fatalmente tendenciados a alvejar seu progresso individual sem olvidarem-se das repercussões à sociedade. Nesse sentido, as dinâmicas sociais, políticas, científicas e jurídicas procuram, enquanto uma composição integralizada, harmonizarem-se entre si, lançando justificativas a institutos nascidos das premências humanas.

Valendo-se temporalmente da história para traçar seus marcos e, a ela atribuindo o significado e a notoriedade que lhe faz jus, o direito, a ciência, a política e a sociedade podem ser circunscritas segundo paradigmas, que ao refletirem os desejos e condições dos indivíduos, em determinado período, esclarecem suas teorias e, conseqüentemente, expõem os princípios e fundamentos básicos de uma comunidade.

Com o desenvolvimento das biotecnologias e da medicina, o poder totalitário da morte que se concentrava nas mãos dos monárquicos governantes fora sucedido por um desvelo com a vida. Nessa lógica, o controle dos jurisdicionados não se conformava mais na ameaça da morte, fundando-se na interferência da vida a partir dos métodos científicos que aumentavam a sua expectativa e acresciam-na maior qualidade e valor.

A dinâmica do biopoder desenvolve-se sobre a estrutura sócio-política de um Estado Liberal. Desse modo, simultaneamente a um exacerbado voluntarismo que retira a exclusividade do controle do Estado e confere aos particulares, emancipação irrestrita para autogovernarem-se por meio da autonomia da vontade, sobrevém um juízo comum, em prol do fomento e estímulo à pesquisa, à ciência e à medicina.

Nesse sentido, paralelamente à teorização foucaultiana da biopolítica, o individualismo extremado floresce como senso coletivo, de tal sorte que a concepção

de que somente a episteme científica seria a única forma de conhecimento verdadeiro é transplantada, também, à seara jurídica, conferindo substratos ao desenvolvimento do positivismo, da liberdade e igualdade formal e do negócio jurídico.

De fato, a cientificidade é recorrida como a máxima nesse estágio, e assim, apesar dos esforços jurídicos para acompanhar os avanços científicos, a sistemática engessada dos direitos subjetivos até então dominantes mostra-se exígua frente ao constante surgimento de fatos sociais que, apesar de gerarem consequências de grande monta, não se subsumiam a nenhuma *fattispecie*, rompendo o nexu da clássica relação jurídica.

Não bastasse, a insuficiência morfológica dos direitos subjetivos já vinha sendo suscitada, outrossim, em razão da percepção de que o individualismo e voluntarismo do Estado Liberal, apesar de apoiarem-se na igualdade e liberdade, alimentavam ainda mais o abismo das assimetrias sociais, eis que a existência de tais valores se assentava, apenas, como garantia caligrafada no texto legal.

O valor intrínseco da pessoa humana usurpou o abstracionismo que outrora se direcionava aos indivíduos, enquanto meros sujeitos de direito. Buscou-se, então, compreender e proteger as pessoas, não apenas com relação às características compartilhadas por todos, dirigindo essa proteção, de igual modo, às particularidades adstritas a cada qual.³⁵³

Desse modo, a fenomenologia hermenêutica da tutela *in concreto* da pessoa humana, somada ao advento de fatos sociais desconexos de normas do direito objetivo deu origem a uma série de adequações em todas as ordens: na sistemática política, às finalidades de subjugação e adestramento dos indivíduos afetos ao biopoder foram balizadas por estruturas éticas e jurídicas, correspondentes, entre outras, à bioética e ao biodireito; no campo social, a dignidade da pessoa humana se tornou o fundamento comumente cultuado, ao passo que no ramo jurídico, tradicionais institutos cederam *locus* à releituras e, inclusive, a novos regimes.

Em específico no domínio do direito privado, conferiu-se vista à

³⁵³ A partir dessa ideia, nota-se que apesar de metodologicamente as disciplinas serem estudadas de modo autônomo e separadas umas das outras, cada momento histórico direciona reflexos em todas as áreas. Logo, as características típicas dos paradigmas trabalhados no capítulo inicial, afetos aos negócios jurídicos, podem, também, ser transplantadas a outros campos, como a política e a ciência. Nesse sentido, é possível exemplificar esse aspecto, a partir da concepção da dignidade da pessoa humana. Tal fundamento não se restringiu à esfera do direito, onde teria se originado, espalhando seus reflexos às estruturas sociais, políticas e, inclusive científicas, de modo que toda a ordem mundial passou a ser balizada pela ideia de se garantir a tutela do valor intrínseco da pessoa humana.

interesses de natureza para além da patrimonial. De fato, os recentes eventos sociais que não encontravam confluência na norma positivada, ainda que não se encaixassem na estrutura clássica da relação jurídica e do direito subjetivo, careciam de tutela jurídica, não sendo razoável que o Estado se eximisse de sua função dirigente. Nesse diapasão, conforme argumentado, tais interesses patrimoniais não se extinguiram, mas ante a nova interpretação da ordem jurídica, cederam o espaço central a outros interesses, estes de carácter extrapatrimonial, com os quais passaram a conviver.

No que toca os negócios jurídicos, admitiu-se como objeto de sua proteção e pactuação, conseqüentemente, os interesses existenciais subsidiados pela autodeterminação partilhada pelos privados. Assim sendo, emerge a estrutura das situações jurídicas subjetivas, no âmbito da regulamentação de fatos sociais, carentes de *fattispecies*, selados contratualmente como frutos da vontade humana.

No plano científico, por seu turno, a tutela do valor intrínseco da pessoa humana fomentou, ainda mais, o desenvolvimento de pesquisas e procedimentos médicos a fim de implementar condutas mais ambiciosas do que o prolongar da vida, direcionadas à ampliação da saúde e o bem-estar dos sujeitos e/ou, quiçá, ao aprimoramento das qualidades humanas.

O avanço científico e biotecnológico no contexto das biotecnologias reprodutivas fora acentuado pelo progresso humano afeto à engenharia genética. Como visto, a dissociação entre a sexualidade e a reprodução tornou factível não apenas a gestação desconexa do ato sexual, viabilizando, igualmente, procedimentos de diagnóstico e intervenção no genoma dos indivíduos, mediante a modificação ou realocação de genes em um organismo, externo ao processo reprodutivo natural deste.

Diante dessa potencialidade modificativa, as experimentações científicas afeiçoadas ao que é possível alcançar com os ditos procedimentos médicos fragmentam espaço com preocupações éticas e filosóficas acerca da existencialidade humana, no intento de se projetar dogmas jurídicos que direcionem, especialmente, a esfera da liberdade contratual, quando da pactuação médico-privado dessas técnicas. Com efeito, uma vez compreendido até onde a medicina pode estender-se, os debates concentram-se, juridicamente, no espaço dos serviços e técnicas, cuja contratação e realização é autorizada.

Na sistemática negocial, por sua vez, tais avanços consagram uma

categoria própria de situações jurídicas. Ao regulamentarem-se por meio da vontade humana, mediante a contratação de serviços, tais estruturas qualificaram-se como subjetivas, ao passo que em razão da natureza do interesse a ser tutelado ser existencial – saúde, bem-estar –, mas o caminho para a proteção ser atingida patrimonialmente – contraprestação pela realização dos serviços –, concluiu-se por uma caracterização heterogênea, dando azo às *situações jurídicas subjetivas mistas*.

Nessa lógica, inaugura-se a contenda em torno dos posicionamentos éticos, filosóficos e jurídicos prós e contrários às práticas de manipulação terapêutica – eugenia negativa – e aperfeiçoamento genético – eugenia positiva –, como balizas ao exercício da medicina e, conseqüentemente, ao conteúdo contratual.

Não sendo admissível o emprego de determinada técnica médica por restrições axiológicas – e não por limitações científicas –, a dimensão da liberdade contratual é afetada, vedando-se a contratação de tal procedimento como conteúdo bionegocial. Dessa forma, nota-se a correlação entre a estrutura jurídica negocial e os debates bioéticos e filosóficos, sobretudo no aspecto do reconhecimento e validação da referida *praxis* científica.

Sob a insígnia de *naturalistas-tomistas*, *transumanistas*³⁵⁴ e *bioconservadores*, a doutrina se fraciona, respectiva e sumariamente, na perspectiva de *i)* repreender toda e qualquer ingerência no genoma humano, *ii)* enaltecer a modificação genômica, seja com propósito curativo ou não e *iii)* consentir com a manipulação genética apenas com fins terapêuticos.

Sendo assim, em consonância com os demais capítulos, a presente seção tenciona evidenciar as argumentações e discursos relativos às ingerências genéticas, construindo, ao final, a partir de proposições filosóficas, um raciocínio dogmático mais ajustado às demandas pós-modernas. Isto posto, urge introdutoriamente salientar que, não obstante a disparidade de cargas valorativas, as três teorias convergem no intuito efetivo de salvaguardar as pessoas, no terreno de sua dignidade.

Cada qual ao seu modo, os tomistas, transumanistas e bioconservadores teorizam o aspecto da humanidade e, mais especificadamente, da dignidade da pessoa humana, com o fito de reprovar ou legitimar a interferência

³⁵⁴ Apesar do termo transumanista abrir pauta de discussão a respeito da integração homem-máquina e da imortalidade, nesse trabalho, restringir-se-á a utilizar essa terminologia para indicar os adeptos ao posicionamento pró-melhoramento genético.

genética terapêutica e/ou o *human enhancement*.³⁵⁵

Logo, apesar de raciocínios diversos, a intenção comum centra-se na tutela do valor intrínseco da pessoa humana e, desse modo, ousando-se valer de uma noção mais generalista desses posicionamentos, sublinha-se que enquanto os tomistas acreditam proteger a dignidade mediante a conservação da humanidade em sua feição natural, os transumanistas ressaltam a autonomia e a beneficência reprodutiva como aspectos essenciais da pessoa *in concreto*, ao passo que a vertente bioconservadora, moderadamente, busca respeitar os avanços médicos, sem comprometer o que acreditam ser o valor mínimo dos sujeitos.

4.1 ENTRE O “NATURAL” E O “ARTIFICIAL”: (DES)APROVAÇÃO MORAL DA BIOTECNOLOGIA REPRODUTIVA À LUZ DA NATUREZA HUMANA TOMISTA

De fato, a característica comum partilhada pelas teorias filosóficas é a busca por diretrizes universais, padrões éticos seculares a fim de ponderar e, conseqüentemente encerrar vetustos debates acerca da moralidade orientada à biotecnologia reprodutiva e à engenharia genética. Universalmente válida, a dignidade humana tem sido adotada enquanto atributo de ilimitada relevância normativa e, em consonância com os demais direitos humanos vem sendo empreendida como artifício de resolução de controvérsias bioéticas e biojurídicas. Nessa senda,

Perhaps the two most distinctive features of international instruments relating to biomedicine are the very central role given to the notion of “human dignity” and the integration of the common standards that are adopted into a human rights framework. This is not surprising if we consider that human dignity is one of the few common values in our world of philosophical pluralism. Moreover, in our time, a widespread assumption is that the “inherent dignity... of all members of the human family” is the ground of human rights and democracy. It is indeed difficult, if not impossible, to provide a justification of human rights without making some reference, at least implicitly, to the idea of human dignity. This notion is usually associated with supreme importance, fundamental value and inviolability of the human person. In the words of Kant, dignity means that people must always be treated as an end in themselves and never only as a means. Of course, attempts to explain and justify human dignity will encounter enormous theoretical difficulties in our post-modern world. However, it seems that, at least for practical reasons, we desperately need this notion if we want to ensure a civilized social life. As Dworkin argues, anyone who professes to take rights seriously must accept “the vague but

³⁵⁵ Conforme visto, o termo “*human enhancement*” é utilizado para designar as técnicas de melhoramento genético, isto é, as interferências genômicas que não possuem caráter terapêutico, tampouco curativo, mas atuam, especificamente no dito “aperfeiçoamento” humano, a exemplo do melhoramento moral, cognitivo e físico.

powerful idea of human dignity”.³⁵⁶

À vista do crescente avanço biotecnológico, manifestado tanto na seara experimental quanto no exercício da prática médica, vale-se das seguintes indagações: a exemplo das extraordinárias benesses partilhadas pela humanidade, com a expansão da medicina, há alguma razão suficientemente estável para defender que os sujeitos permaneçam passivamente posicionados em um momento em que se fazem presentes múltiplas possibilidades de direcionamento ativo da evolução humana? Existem justificativas convincentes para que os sujeitos renunciem ou sejam coercitivamente impedidos de se submeterem a tais procedimentos, ainda que muitos compartilhem do interesse em “atualizar” a si mesmos e/ou possuam recursos privados hábeis a patrocinar tais experimentos?³⁵⁷

Antes de rigorosamente promover as respostas argumentativas a essas indagações à luz da concepção tomista, faz-se mister tecer certa construção axiológica referente a essa doutrina do direito natural, com especial destaque para o *status* metafísico do embrião e a natureza dos seres humanos, para então, formular o

³⁵⁶ Tradução livre: “Talvez as duas características mais distintivas dos instrumentos internacionais relativos à biomedicina sejam o papel central atribuído à noção de “dignidade humana” e a integração dos padrões comuns que são adotados em uma estrutura de direitos humanos. Isso não é surpreendente se considerarmos que a dignidade humana é um dos poucos valores comuns em nosso mundo de pluralismo filosófico. Além disso, em nosso tempo, uma suposição generalizada é que a “dignidade inerente... de todos os membros da família humana” é a base dos direitos humanos e da democracia. É realmente difícil, se não impossível, fornecer uma justificação dos direitos humanos sem fazer alguma referência, pelo menos implicitamente, à ideia de dignidade humana. Essa noção costuma ser associada à suprema importância, valor fundamental e inviolabilidade da pessoa humana. Nas palavras de Kant, dignidade significa que as pessoas devem sempre ser tratadas como um fim em si mesmas e nunca apenas como um meio. É claro que tentativas de explicar e justificar a dignidade humana encontrarão enormes dificuldades teóricas em nosso mundo pós-moderno. No entanto, parece que, pelo menos por razões práticas, precisamos desesperadamente dessa noção se quisermos garantir uma vida social civilizada. Como argumenta Dworkin, qualquer um que professe levar os direitos a sério deve aceitar “a ideia vaga, mas poderosa, da dignidade humana”.

ADORNO, Roberto. Biomedicine and international human rights law: in search of a global consensus. **Bulletin of the World Health Organization**, 80(12), 959–963, 2002. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/is_digital/is_0303/pdfs/IS23\(3\)062.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/is_digital/is_0303/pdfs/IS23(3)062.pdf). Acesso em: 15 nov. 2022, p. 960.

³⁵⁷ Nas palavras de Stephen Erickson, “The expansion of our cerebral cortex over many millennia, for example, has been extraordinary. Is there a particularly strong reason to remain consciously passive in such matters just at the time that various interventions become possible that can accelerate and direct further evolutionary change?”

Tradução livre: “A expansão do nosso córtex cerebral ao longo de muitos milênios, por exemplo, foi extraordinária. Existe uma razão particularmente forte para permanecermos conscientemente passivos em tais assuntos exatamente no momento em que várias intervenções se tornam possíveis que podem acelerar e direcionar mudanças evolutivas posteriores?”

ERICKSON, Stephen A. Reflections on Secular Foundationalism and Our Human Future. In: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing**. Austin: Springer, 2009, v. 16, p. 134.

raciocínio acerca da engenharia genética.

No juízo da teoria da lei natural, as verdades morais não advêm da atividade cultural, tampouco de convenção social, escolhas individuais ou crenças religiosas. De maneira oposta, a lei natural dedica-se a normas de cunho moral universalmente aplicáveis e conhecíveis, de sorte que sejam partilhadas e utilizadas por qualquer pessoa que enfrente uma escolha sobre a qual tais princípios e normas se baseiem.³⁵⁸ Assim,

[T]he notion of natural law: its core idea, as a thesis about morality, law and other forms of social authority is that some action-guiding thoughts and statements, that is, some precepts or practical principles, are natural in the sense that they are not dependent for their validity on human decision, authority or convention. Because of the independence of these factors, natural precepts and principles must be generally accessible to human reason; the critical reflection that is not dependent upon but potentially critical of any particular social enactment or practice is the work of common human reason. I will take this immediate implication concerning the accessibility of moral truth to human beings generally to be part of the core idea of natural law.³⁵⁹

Por meio de uma percepção objetiva da natureza e do bem humano, a lei natural tenciona estender-se sobre a escolha moral permissível e a política social. Nesse intento, busca por normas e princípios cuja validade independa da *voluntas* humana. Assim, haveria um bem objetivo para os seres humanos, que poderia ser articulado por meio da própria razão, justificando os cânones gerais do comportamento moral. Logo, as pessoas seriam compelidas a desejarem e a agirem, tanto em sua esfera particular, quanto no contexto coletivo, de maneira compatível com a criação e integração de bens humanos tidos como *básicos*, dada a máxima de que: “Not all choices are permissible, since many goals and actions, however instrumentally useful, are incompatible with basic human goods”.³⁶⁰

³⁵⁸ BOYLE, Joseph. Natural law and global ethics. In: CHERRY, Mark J. (editor). **Natural law and the possibility of a global ethics**, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 2.

³⁵⁹ Tradução livre: “[A] noção de lei natural: sua ideia central, como uma tese sobre moralidade, lei e outras formas de autoridade social, é que alguns pensamentos e declarações que orientam a ação, isto é, alguns preceitos ou princípios práticos, são naturais no sentido que não dependem, para sua validade, de decisão, autoridade ou convenção humana. Devido à independência desses fatores, os preceitos e princípios naturais devem ser geralmente acessíveis à razão humana; a reflexão crítica que não depende, mas é potencialmente crítica de qualquer ato ou prática social particular, é obra da razão humana comum. Vou considerar essa implicação imediata relativa à acessibilidade da verdade moral aos seres humanos em geral como parte da ideia central da lei natural.”

Ibid.

³⁶⁰ Tradução livre: “Nem todas as escolhas são permitidas, uma vez que muitos objetivos e ações, por mais úteis que sejam instrumentalmente, são incompatíveis com os bens humanos básicos”.

CHERRY, Mark J. The Normativity of the Natural: Can Philosophers Pull Morality Out of the Magic Hat of Human Nature? In: In: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods**,

Os bens básicos compoariam a dimensão mais fundamental do bem-estar dos sujeitos, conduzindo-os ao florescimento humano. Ao justificarem as condutas subjetivas, qualificam-se como *básicos*, eis que, diferentemente dos demais, não carecem de fundamentação em qualquer outra razão, podendo ser buscados por si mesmos, aperfeiçoando e complementando os seres humanos, tanto na dimensão corpórea, como no âmbito relacional.³⁶¹

Nesse ponto, tais princípios da razão prática e da moralidade constituem-se autoevidentes, despontando-se, ontologicamente, a partir de *insights* sobre a natureza humana, independentemente de outras proposições. Dessa forma, o conhecimento desses bens básicos expressa-se no âmbito experimental, como resultado da reflexão sobre experiências genuinamente gratificantes que, com o tempo, passam a ser interpretadas como objeto natural digno de ser conquistado.³⁶²

A natureza humana e, a sua corrente irretocabilidade tem sido uma das preocupações partilhadas por pesquisadores de várias ordens, sobretudo no que se refere aos bens básicos vida e saúde, no âmbito da nanotecnologia e das pesquisas genéticas. Composta por dois segmentos que, apesar de particulares, são necessariamente coexistes, a natureza humana biparte-se em: natureza humana animal e natureza humana prática.

Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: Springer, 2009, v. 16, p. 2.

³⁶¹ TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. In: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing.** Austin: Springer, 2009, v. 16, p. 21.

³⁶² A esse respeito, "The natural inclinations are, in a way, data for the practical insight. How this occurs may be illustrated, I think, in the following way. As a young child I experience being healthy as opposed to being sick or having my knees scraped up or having burnt fingers. I *enjoy*, or *take delight in*, being healthy, and I *dislike*, or *have an aversion to* being sick or wounded. That of course is not yet a practical insight; the enjoyment or aversion so far mentioned is on the level of emotion, or what Aquinas called sense appetite. But at some point as a child I go further and I come to *understand* that being healthy is a condition worth pursuing, and being sick or wounded is a condition I should take steps to avoid. What has occurred here is a practical insight, an act of intellect, an insight that being healthy is fulfilling and thus worthy of pursuit, protection, deliberation about, and so forth."

Tradução livre: "As inclinações naturais são, de certa forma, dados para o insight prático. Quão isso ocorre pode ser ilustrado, penso eu, da seguinte maneira. Como uma jovem criança, eu experimentar ser saudável em vez de estar doente ou ter meus joelhos arranhados ou ter queimado os dedos. Eu *gosto*, ou *me deleito em* ser saudável, e eu *não gosto*, ou *tenho aversão a* ficar doente ou ferido. Isso, claro, ainda não é uma prática entendimento; o prazer ou aversão até agora mencionado está no nível da emoção, ou o que Tomás de Aquino chamou de apetite sensorial. Mas em algum momento como uma criança eu vou mais longe e eu *entender* que ser saudável é uma condição que vale a pena perseguir, e estar doente ou ferido é uma condição que devo tomar medidas para evitar. O que ocorreu aqui é uma percepção prática, um ato de intelecto, uma percepção de que ser saudável é gratificante e, portanto, digno de busca, proteção, deliberação sobre, e assim por diante. "

LEE, Patrick. Human Nature and Moral Goodness. In: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing.** Austin: Springer, 2009, v. 16, p. 51.

A natureza animal vincula-se, metafisicamente, ao questionamento acerca de qual entidade existencial os sujeitos fazem parte, de tal sorte que caso o indivíduo dela se desvinculasse, perderia a qualificação como humano. Ao certo, os seres humanos correspondem à espécie animal *homo sapiens* e, concomitantemente podem ser descritos como pessoas.³⁶³

De modo geral, a natureza animal condiz com a descrição dos sujeitos como organismos físicos, cuja existência corpórea está, retilineamente, em contato com o restante do mundo físico.³⁶⁴ Contudo, apesar do ser humano poder preexistir à própria pessoa humana, uma designação não obsta a outra. Por esta e outras razões, as pessoas possuem uma capacidade de raciocínio e escolha, e ao evidenciar que os indivíduos podem responder às razões, em oposição ao impulso do instinto, introduz-se o liame para com a outra natureza, qual seja: prática.

Ato contínuo, além da entidade corpórea, física, e biologicamente determinada, a natureza humana envolve o reconhecimento da autoconstituição – natureza prática.³⁶⁵ Assim, o que uma determinada pessoa é, em partes, sucede em razão de suas próprias escolhas, as quais devem ser orientadas a partir de fundamentos oportunos ao bem-estar pessoal e coletivo.

Because the nature of human beings involves deliberation and choice, human persons are in part self-constituting; what a particular human being is at a time is a function of what he or she has chosen to be. But this means that what human beings are as such is in part a function of what they can choose to be; human nature includes not just what is given in human existence, but also includes the horizon of reasons that orients what any individual human being can become.³⁶⁶

³⁶³ TOLLEFSEN, 2009, p. 18-20.

³⁶⁴ Nos dizeres de São Tomás de Aquino: “because “animal” is predicated of man essentially and not accidentally; and man is not part of the definition of an animal, but the other way about. Therefore of necessity by the same form a thing is animal and man; otherwise man would not really be the thing which is an animal, so that animal can be essentially predicated of man.”

Tradução livre: “porque “animal” é predicado do homem essencialmente e não acidentalmente; e o homem não faz parte da definição de animal, mas o contrário. Logo, necessariamente, pela mesma forma, uma coisa é animal e homem; caso contrário, o homem não seria realmente a coisa que é um animal, de modo que o animal pode ser essencialmente predicado do homem.”

AQUINO, São Tomás de. **Summa Theologiae**. Oxford: England, 1984, Ia 76.3. Disponível em: <https://www.newadvent.org/summa/1076.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022, s./p.

³⁶⁵ TOLLEFSEN, op. cit., p. 20-22.

³⁶⁶ Tradução livre: “Como a natureza dos seres humanos envolve deliberação e escolha, as pessoas humanas são em parte autoconstituídas; o que um ser humano em particular é em um determinado momento é uma função do que ele ou ela escolheu ser. Mas isso significa que o que os seres humanos são como tais é, em parte, uma função do que eles podem escolher ser; a natureza humana inclui não apenas o que é dado na existência humana, mas também inclui o horizonte de razões que orienta o que qualquer ser humano individual pode se tornar.”

Ibid, p. 20.

Logo, não obstante a profundidade e amplitude que se direciona às escolhas dos sujeitos, na composição de seu caráter, os bens básicos não são infinitos, vastamente distribuídos a espera da descoberta pelos indivíduos. Por essa conjuntura, atribui-se a natureza dos seres humanos como complexa. Simultaneamente à compatibilização dos sujeitos como animais, são, igualmente, racionais. Carregam uma carga individual, mas também carecem da coletividade para sua realização.

Essas múltiplas dimensões traduzem a dúplice designação da inclinação humana: se por um lado, a natureza humana é especificada por um *telos* biologicamente constituído, como entidade corpórea física, animal da espécie *homo sapiens*, de modo complementar, é outrossim, formada pelas possibilidades práticas direcionadas aos indivíduos – natureza prática –, com a ressalva de que, apesar de existentes, essas alternativas são essencialmente fixas, sendo balizadas pelo bem-estar dos sujeitos, dentro das oportunidades criadas pelas próprias ações humanas. Assim dizendo,

Thus, the first two-sided point: our nature is practical, involving a necessary relation to a finite set of goods, and requiring action on our part to participate in those goods and flourish as selves. The second point, defended in the previous section, is that our nature is also an animal nature: we are not human spirits, essentially disembodied, but are human animals, notable for being spiritual animals in a way that other mammals are not, but animals, and animals of a particular sort, nonetheless. This aspect of our being is of course tied up with our practical nature in a wide variety of ways: it is our bodily life that is a good in itself, not simply the life of our soul. It is through our senses that we come to know, through our physical communion with others that we play, marry, raise children, and so on. Art is experienced through our bodily senses; integrity is a matter not just of doing, thinking, or willing one thing, but also of feeling in accordance with the dictates of reason. In short, our animal nature pervades our practical nature and vice versa. Any attempt to understand what we are that ignores or downgrades one or the other of these aspects, fails to capture the full reality of human nature.³⁶⁷

³⁶⁷ Tradução livre: “Assim, o primeiro ponto bilateral: nossa natureza é prática, envolvendo uma relação necessária com um conjunto finito de bens e exigindo ação de nossa parte para participar desses bens e florescer como eus. O segundo ponto, defendido na seção anterior, é que nossa natureza também é uma natureza animal: não somos espíritos humanos, essencialmente desencarnados, mas animais humanos, notáveis por serem animais espirituais de uma forma que outros mamíferos não são, mas animais, e animais de um tipo particular, no entanto. Este aspecto do nosso ser está naturalmente ligado à nossa natureza prática de várias maneiras: é a nossa vida corporal que é um bem em si, não apenas a vida da nossa alma. É por meio de nossos sentidos que passamos a saber, por meio de nossa comunhão física com os outros, que brincamos, casamos, criamos filhos e assim por diante. A arte é experimentada através de nossos sentidos corporais; integridade é uma questão não apenas de fazer, pensar ou desejar uma coisa, mas também de sentir de acordo com os ditames da razão. Em suma, nossa natureza animal permeia nossa natureza prática e vice-versa. Qualquer tentativa de entender o que somos que ignora ou rebaixa um ou outro desses aspectos falha em capturar a realidade completa da natureza humana.”

Evidencia-se a partir do pensamento tomista, que a natureza humana se perfaz como uma substância composta de uma alma imaterial e racional – natureza prática – informando um corpo material, dando azo a uma nova entidade ontológica: o ser humano.³⁶⁸ Apesar da composição dúplici dessa ideia, diferentemente da concepção platônica dualista,³⁶⁹ corpo e alma são elementos cuja existência não se mantem autônoma, dependendo, diretamente, de uma coexistência qualificada. A mera combinação de matéria e forma, portanto, não é suficiente para a constituição das propriedades humanas. Em vez disso, a alma e o corpo repartem equânime relevância, porquanto “if human beings live, sense, and act through physical behavior, then, since such activities are identified with capacities of the soul that depend upon bodily organs for their operation, human beings cannot be identified with their souls alone.”³⁷⁰

Constituem-se, portanto, matéria – corpo – e forma – alma -, dois componentes incompletos da essência do sujeito, carecendo da qualificação respectiva

Uma vez estabelecida a substância humana, mister pontuar a interpretação tomista contemporânea a respeito do início da vida, argumentando originar-se a contar da completude da fertilização. Nesses termos, o zigoto e, posteriormente o embrião tornam-se entidades dotadas de alma racional, requerendo apenas um ambiente uterino favorável para desenvolver suas competências humanas e sensíveis.

TOLLEFSEN, 2009, p. 22.

³⁶⁸ Nas palavras de São Tomás de Aquino: “Body and soul are not two actually existing substances, but from these two is made one actually existing substance. For the body of a human being is not actually the same in the soul’s presence and absence; but the soul makes it to be actually.”

Tradução livre: “Corpo e alma não são duas substâncias realmente existentes, mas das duas elas se tornam uma substância realmente existente: pois o corpo do homem não é o mesmo quando a alma está realmente presente e ausente; mas a alma o faz realmente existir.”

AQUINO, São Tomás. **Summa contra Gentiles**, 1284, Lib II, ch. 69, n. 2. Disponível em: <https://www.corpusthomisticum.org/scg2056.html>. Acesso em: 19 nov. 2022, s./p.

³⁶⁹ A teoria dualista de Platão pressupõe que a alma intelectual não está unida ao corpo como uma forma de matéria, mas apenas como um motor em movimento, explicitando que alma está no corpo como um “marinheiro em um navio”. Dessa forma, a união de alma e corpo não existiria senão pelo contato do poder. Assim, a natureza humana não seria composta de alma e corpo, mas somente de uma alma, substância completa *per se*, de tal sorte que o corpo seria instrumento utilizado pela alma como algo ao qual o sujeito est[á] unido entre o nascimento e a morte.

AQUINO, SCG, 1284, lib. II, ch. 57, n.2-4.

³⁷⁰ Tradução livre: “se os seres humanos vivem, sentem e agem por meio do comportamento físico, então, uma vez que tais atividades são identificadas com capacidades da alma que dependem de órgãos corporais para a sua operação, os seres humanos não podem ser identificados apenas com suas almas.”

EBERL, Jason T. **Thomistic Principles and Bioethics**. New York: Routledge, 2017, p. 6.

Essa potencialidade tem conotação ativa para o desenvolvimento de seres humanos, sencientes e racionais, logo, equiparam-se, *per se*, a pessoas,³⁷¹ no que se refere à demanda por proteção. Partilhando dessa natureza humana, apresentam um nível de bondade inata e uma dignidade intrínseca, sendo dignos de sólido respeito, resguardados de qualquer instrumentalização.³⁷²

Posteriormente a concepção, dá-se início ao processo de constituição de um corpo material agregado a uma prévia e rudimentar alma vegetativa, sedimentada em seu nível mais básico.³⁷³ Conforme dá-se o desenvolvimento do embrião, aumentando sua complexidade a ponto de suportar operações sensitivas, a alma vegetativa enquanto sua forma substancial cede espaço para uma alma sensitiva, que por sua vez, novamente é adicionada a outra, agora racional.³⁷⁴

Considerando tal *status* metafísico atribuído à embriogênese, os teóricos tomistas propõem justificativas ao posicionamento vigilante e, até certo ponto regressista do qual se filiam, diante das inovações biotecnológicas, desferindo respostas aos questionamentos afetos às biotecnologias que introduziram essa seção.

Como visto, a dúplici constituição da natureza humana importa na aceitação de que parte desse caráter é autoconstituído – natureza prática –, não isoladamente, mas mediante constantes relações intersubjetivas, por intermédio da ação do homem. Nessa lógica, o ser humano não se realiza só, mas no seio de uma comunidade, de modo que os bens adstritos a essa coletividade, a exemplo da amizade e do casamento, passam a integrar o bem-estar dos indivíduos.

Feitas essas considerações, avultam-se três modos pelos quais as tecnologias de manipulação e/ou melhoramento genético podem impactar e,

³⁷¹ “From a Thomistic perspective, an early embryo is a human being and thereby has an intrinsic dignity – an inherent goodness that must be promoted.”

Tradução livre: “De uma perspectiva tomista, um embrião inicial é um ser humano e, portanto, tem uma dignidade intrínseca – uma bondade inerente que deve ser promovida.”

EBERL, 2017, p. 71.

³⁷² *Ibid.*, p. 78.

³⁷³ EBERL, Jason T. Aquinas on the nature of human beings. **Review of Methaphysics**. v. 58, 2004, p. 353-359.

³⁷⁴ “And thus it must be said that the vegetative soul is first in the seed, but it is discarded in the generative process and another succeeds it that is not only vegetative but also sensitive, which, having been discarded, again another is added that at the same time is vegetative, sensitive, and rational.”

Tradução livre: “É assim deve-se dizer que a alma vegetativa está primeiro na semente, mas é descartada no processo generativo e outra a sucede, que não é apenas vegetativa, mas também sensitiva, que, tendo sido descartada, novamente é adicionada outra que no ao mesmo tempo é vegetativo, sensível e racional.”

AQUINO, ST, 1984, Ia 76.3.

consequentemente desferir ameaças à espécie humana. À luz dessa teoria, a adoção de procedimentos biotecnológicos como a fertilização *in vitro* e as terapias genéticas tem a potencialidade de intimidar a relação entre os indivíduos e o conjunto finito de bens básicos à realização humana.

Ao remover o homem de qualquer contexto interpessoal, permitindo que a reprodução se torne mecânica, técnica e assexuada, relegando o sexo à *status* meramente recreativo, introduz à natureza humana um estado de coisa. Assim, pressupondo que parte da realização humana decorre da própria relação com os outros, a dissociação da reprodução do sexo promoveria uma espécie de despersonalização, ao passo que a redução autocentrada do mundo reprodutivo com a transformação dos sujeitos em procriadores autônomos, reduz as possibilidades de bem-estar, ao afastar as pessoas daqueles outros com os quais ter-se-iam algum potencial de comunhão.³⁷⁵

Não bastasse, essa redução de interpessoalidade reflete na própria relação entre progenitores e filhos. Estes, enquanto frutos de uma seleção artificial, de um processo técnico em detrimento de uma relação humana e amorosa, abandonariam a condição de pessoas, a fim de atuarem como artefatos, autênticos produtos de um *design*. Em outras palavras,

Parents-to-be hope for children, rather than plan them (they can, of course, plan for them); cloners will be the designers and manufacturers of their children. Cloning parents, by adopting this relationship, alienate themselves from their children. The relationship of cloners to their children is stunted as well, leaving again a lesser scope in the relationship to basic goods. What would be true in cloning would be true on a greater scale were the envisaged changes in human reproduction to become part of our nature.³⁷⁶

Apesar do excerto fazer menção à “clones”, transplanta-se esse entendimento a outros métodos de seleção artificial, técnicas de manipulação e/ou aperfeiçoamento genético, a exemplo do aconselhamento, diagnóstico e terapia gênica, desferindo-se críticas, inclusive, aos métodos de reprodução artificial, por

³⁷⁵ TOLLEFSEN, 2009, p. 22-29.

³⁷⁶ Tradução livre: “Os futuros pais esperam pelos filhos, em vez de planejá-los (eles podem, é claro, planejá-los); os clonadores serão os projetistas e fabricantes de seus filhos. Os pais clonadores, ao adotarem essa relação, alienam-se dos filhos. A relação dos clonadores com seus filhos também é atrofiada, deixando novamente um escopo menor na relação com bens básicos. O que seria verdade na clonagem seria verdade em uma escala maior se as mudanças previstas na reprodução humana se tornassem parte de nossa natureza.”
Ibid., p. 23.

isolarem o homem em sua própria individualidade.

Em face da análise da (i)moralidade adstrita aos métodos de *human enhancement*, especificadamente diante do aprimoramento moral e cognitivo, o raciocínio tomista aponta para a inconsistência da fusão entre a “inteligência biológica” e o que costumam denominar de “inteligência do silício” – termo utilizado para referir-se às aptidões mentais obtidas tecnicamente –, porquanto a utilização desta última concretiza-se como uma clara ameaça tanto ao bem humano básico amizade, quanto à natureza prática do homem, isto é, às habilidades participativas do próprio bem-estar humano, na idealização da vida e na deliberação volitiva.

A fim de amenizar a exaustão atrelada ao esforço, determinação e disciplina, a busca por intensificadores farmacológicos – a exemplo da Ritalina e do Prozac –, por indivíduos que não possuem nenhuma das indicações – como é o caso do Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade – corresponde a uma grande perturbação contemporânea, de tal ordem que a possibilidade biotecnológica de promover modificações de ordem cognitiva e moral, mediante técnicas genéticas, não apenas iguala a antipatia partilhada com relação ao uso desses medicamentos, mas intensifica a inquietação.³⁷⁷

Such scenarios seem farfetched. But, on the one hand, they seem to be variations of the images provided by some proponents of new genetic technologies to rid the world of crime by genetically making all children “good,” or more social and altruistic, less aggressive and self-centered. And, on the other hand, while there seems little reason to think such drugs, techniques, and so on are around the corner, there is certainly research oriented to the discovery of precisely these sorts of technologies, techniques, drugs and so on. Perhaps such research is a colossal waste of time. Is it also morally suspect?³⁷⁸

³⁷⁷ Nesse sentido, “Various enhancers currently pose just such a risk when taken, not to alleviate a condition that itself poses a threat to our activity, but to substitute for the labor of making ourselves more disciplined, harder working, more in control of our emotions, more capable in our relationships to others, more able to hit a baseball or run a race, and so on. The use of Prozac and Ritalin, not by those who are sick, but by those who simply wish to perform better, or the use of steroids by athletes, among other things, makes us increasingly passive in our pursuit of well being.”

Tradução livre: “Vários intensificadores atualmente representam exatamente esse risco quando tomados, não para aliviar uma condição que representa uma ameaça à nossa atividade, mas para substituir o trabalho de nos tornarmos mais disciplinados, trabalhando mais, com mais controle de nossas emoções, mais capazes de nossos relacionamentos com os outros, mais capazes de acertar uma bola de beisebol ou participar de uma corrida, e assim por diante. O uso de Prozac e Ritalina, não por quem está doente, mas por quem simplesmente deseja ter um desempenho melhor, ou o uso de esteróides por atletas, entre outras coisas, nos torna cada vez mais passivos em nossa busca pelo bem-estar.”

TOLLEFSEN, 2009, p. 24.

³⁷⁸ Tradução livre: “Tais cenários parecem improváveis. Mas, por um lado, parecem ser variações das imagens fornecidas por alguns proponentes de novas tecnologias genéticas para livrar o mundo do crime, tornando geneticamente todas as crianças “boas”, ou mais sociais e altruístas, menos agressivas

Isto posto, carece evidenciar que quando se fala em natureza prática, como contributo à natureza humana, refere-se à autoconstituição dos sujeitos ativamente lograda, contudo, a adoção dessas práticas, muito embora transmitam uma falsa e superficial sensação de autonomia e progresso, tornam o homem passivo em relação ao seu próprio sucesso, porquanto ao realizar o que deveria ser feito pelo produto de seu trabalho, é, na verdade, artificialmente ajustado.

A realização dos bens básicos contíguos à amizade, virtude, integridade e bom caráter exigem, para serem genuínos, atos de vontade. Assim, qualquer “aprimoramento” no sentido de tornar as pessoas melhores em relação aos bens que estão sendo procurados, representa uma sólida intimidação à natureza prática e ao bem-estar humano.

Ato contínuo, no que se refere à manipulação genética para fins terapêuticos, mesmo diante da aquiescência por parte da visão tomista, contemporaneamente harmonizada, com a realização de pesquisas nessa área, ainda se evidencia a relevância da autoconstituição. Assim, na ânsia por aliviar uma condição que represente ameaça à própria atividade humana, como é o caso das patologias, tais experimentações devem restringir-se a terrenos mais seguros, na medida em que se preocupam mais com a proteção e restauração da capacidade dos sujeitos, ao invés de fornecer abertamente aquilo que alguém com capacidades funcionais e uma vontade ativa poderia conseguir.³⁷⁹

Nesse sentido, os óbices direcionados às práticas de manipulação genética terapêutica não se fundamentam na redução da natureza prática, tampouco na despersonalização da humanidade – como se sustenta com relação aos métodos genéticos de aprimoramento –, mas no risco de que na execução dessas técnicas, as pesquisas prévias valham-se de embriões humanos primitivos, entidades estas que constituem traços da pessoa humana. Destarte, estabelecem-se os limites tomistas à biotecnologia:

[...] no research that involves damage or destruction to human persons, including human embryos; no research oriented towards drugs or techniques that would change our essential relationship to the finite set of basic goods, or

e egocêntricas. E, por outro lado, embora pareça haver pouca razão para pensar que tais drogas, técnicas e assim por diante estão ao virar da esquina, certamente há pesquisas orientadas para a descoberta precisamente desses tipos de tecnologias, técnicas, drogas e assim por diante. Talvez essa pesquisa seja uma perda de tempo colossal. Também é moralmente suspeito?”
TOLLEFSEN, 2009, p. 26.

³⁷⁹ Ibid., p. 27.

that would reduce our ability actively to participate in those goods. And of course, no research that would violate informed consent. These boundaries might, however, constitute such a considerable hedge around research into changes in our animal bodies that, for all intents and purposes, such research should be considered morally impossible.³⁸⁰

Utilizando-se da terminologia *natureza humana*, os adeptos à essa corrente filosófica buscam a tutela da dignidade por meio de uma interpretação contrária à reprodução assistida e à engenharia genética, enquanto práticas operacionais de risco à própria humanidade. Assim, é na imoralidade de tais métodos, que se justificam as argumentações tomistas aos questionamentos introdutórios acerca da razão lógica de desaprovação e recusa dessas tecnologias, quais sejam: *i)* prejuízo às interações humanas coletivas; *ii)* ameaça à natureza humana prática; *iii)* ausência de consentimento e vontade livre e, especialmente, *iv)* instrumentalização da pessoa, ainda que na sua condição embrionária.

4.2 AUTONOMIA E BENEFICIÊNCIA PROCRIATIVA E A LEGITIMAÇÃO TRANSUMANISTA DO APRIMORAMENTO HUMANO

Ante o contexto sócio-científico partilhado pelo Liberalismo, a cientificidade usurpou o caráter divino da representatividade dos reis, instaurando, a partir de então, um positivismo epistêmico que promoveu uma confiança no infinito progresso da humanidade e, sucessivamente, no deslinde dos ditos mistérios universais.

Nessa lógica, a crença na solução perpétua dos problemas humanos por meio da ciência experienciou um vultuoso incremento com as revoluções burguesas e industriais, tornando-se hegemônica e mitificada a ideia de ciência, como se esta, com efeito absoluto e irrestrito de seu uso, fosse capaz de substituir a função legitimadora da compreensão de mundo desempenhada, outrora, pela filosofia, pela religião e pelas representações.³⁸¹

³⁸⁰ Tradução livre: “[...] nenhuma pesquisa que envolva dano ou destruição de pessoas humanas, incluindo embriões humanos; nenhuma pesquisa voltada para drogas ou técnicas que mudariam nossa relação essencial com o conjunto finito de bens básicos, ou que reduziriam nossa capacidade de participar ativamente desses bens. E, claro, nenhuma pesquisa que viole o consentimento informado. Esses limites podem, no entanto, constituir uma barreira tão considerável em torno da pesquisa sobre mudanças em nossos corpos animais que, para todos os efeitos, tal pesquisa deve ser considerada moralmente impossível.”
TOLLEFSEN, 2009, p. 29.

³⁸¹ MAIA, João Jerônimo Machadinha. **Transumanismo e pós-humanismo** – descodificação política

Promoveu-se, portanto, uma dessacralização do universo executada por esta atmosfera determinista, pré-anunciando um estágio diferenciado da sociedade e, conseqüentemente, da razão humana: emerge o movimento transumanista,³⁸² coerentemente associado à pretensão da transcendência das capacidades humanas, espelhada na busca pela perfectibilidade individual e coletiva.

That iconic image is the emblem of Humanism as a doctrine that combines the biological, discursive and moral expansion of human capabilities into an idea of teleologically ordained, rational progress. Faith in the unique, self-regulating and intrinsically moral powers of human reason forms an integral part of this high-humanistic creed.³⁸³

À luz dessa concepção, novos juízos de movimento e fluxo são inaugurados, sobretudo no âmbito dos processos de comunicação vinculados às biotecnologias, assentes em um modelo econômico dominante, no qual fomenta-se, social e culturalmente, a utilização de métodos como o da reprodução assistida e da engenharia genética.

A dependência em relação ao complexo médico-industrial subjaz a clássica razão natural e, nessa sistemática, estimula-se não apenas a adoção de manipulação genética com fins terapêuticos, mas, todo e qualquer auxílio técnico-científico no âmbito reprodutivo, especialmente as práticas de aprimoramento humano, a exemplo do melhoramento moral e cognitivo. Ao defenderem a possibilidade da intervenção genética na composição humana visando o seu

de uma problemática contemporânea. 2017. Tese (Doutorado em Estudos Contemporâneos) – Instituto de Investigação Interdisciplinar, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 53-54.

³⁸² Nesse sentido, mister destacar o entendimento exarado por João Jerônimo Machadinha Maia: “Num contexto em que a cultura ocidental foi produzindo, ao longo de vários séculos, ideias e conceitos sobre o aperfeiçoamento do humano, uma genealogia do pós-humanismo encontra referência a este tipo de termos desde o século XVII. Oliver Krüger, por exemplo, cita o Dicionário Inglês de Oxford para indicar na Glossografia de Thomas Blount, de 1656, o primeiro uso da palavra ‘*posthuman*’ (Krüger, 2004, in Herbrechter, 2009/2013, p.33). Por sua vez, Neil Badmington cita o teosofista H.P. Blavatsky, em 1888, como o primeiro comentador do ‘*post-Human*’ (Badmington, 2006, in Herbrechter, 2009/2013, p.33). No entanto, ambos os autores identificam o primeiro uso crítico do conceito ‘*post-humanism*’ na obra de Ihab Hassan, de 1977, *Prometheus as Performer: Toward a Posthumanist Culture? A University Masque in Five Scenes*, uma paródia do estado contemporâneo da pós-modernidade na forma de uma disputa medieval. Esta obra transmite a ideia de que não há nada de sobrenatural no processo que nos leva a uma cultura pós-humanista.”

MAIA, 2017, p. 55.

³⁸³ Tradução livre: “Essa imagem icônica é o emblema do humanismo como uma doutrina que combina a expansão biológica, discursiva e moral das capacidades humanas em uma ideia de progresso racional teleologicamente ordenado. A fé nos poderes únicos, autorregulados e intrinsecamente morais da razão humana é parte integrante desse credo altamente humanístico.”

BRAIDOTTI, Rosi. Posthuman Humanities. **European Educational Research Journal**, v.12, n.1/2013. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.2304/eerj.2013.12.1.1>. Acesso em: 24 nov. 2022, p. 2.

aprimoramento, como um todo, alguns dos adeptos da corrente pró-melhoramento são favoráveis, inclusive a eleição de sexo,³⁸⁴ tanto que,

Aceitamos a fertilização *in vitro* como técnica de reprodução porque não acreditamos que demonstre desrespeito pela vida humana contida em um zigoto permitir que ele pereça quando o processo que tanto o criou quanto o condenou também produz uma vida humana que de outra forma não teria existido. Quando um zigoto já está implantado, a decisão de exterminar sua vida por ser do sexo feminino demonstra desdém pela vida dele, pois a questão passa a ser se uma única vida humana, isolada, continuará ou será interrompida. Mas, antes do implante, alguns zigotos devem, inevitavelmente, perecer, e usar o sexo como condição para tal não parece desrespeito maior do que jogar com a sorte.³⁸⁵

Não obstante a dissonância teórica partilhada pela corrente pró-melhoramento, na qual cada autor focaliza em determinado aspecto e/ou estipula certa baliza à legitimação do procedimento, há uma unicidade no pensamento transumanista veiculada em sentido contrário à segmentação entre técnicas curativas e métodos de aprimoramento, porquanto aquelas – espécie – seriam perfectibilizadas no âmbito destas – gênero –, logo, inexistiria justificativa para tal setorização.

Na defesa generalizada das práticas de aprimoramento humano – englobando, por conseguinte, os métodos genéticos curativos –, manifesta-se o princípio da autonomia procriativa, considerando a liberdade dos progenitores em relação às escolhas reprodutivas, isto é, ao processo decisório a respeito de se ter ou não filhos e, como tê-los. Em termos de terapia genética e, uma vez decidida pela seleção embrionária, a autonomia procriativa legitima moralmente a realização da técnica em favor de qualquer escolha feita pelo casal, desde que promovida autonomamente.³⁸⁶ Assim, a autonomia atua, nessa conjuntura, como aspecto referencial das preferências dos pais.

A fim de extrair o poder do domínio estatal e, privatiza-lo, em um sistema onde apenas os pais seriam hábeis a eleger o tipo de intervenção a ser realizada em seus embriões, consolida-se a ideia de um *Genetic Supermarket*, instrumento por meio do qual, conferir-se-ia ao casal genitor a autonomia para a

³⁸⁴ Nesse ponto, mister reproduzir que há entendimentos que não classificam a escolha de gênero como uma prática de melhoramento genético, tampouco manipulação genética com fins terapêuticos, a exemplo de Laís Sirtoli de Sousa. Contudo, há aqueles que a integralizam nessa categoria, por exclusão, vez que não correspondem a práticas curativas.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 617-618.

³⁸⁶ FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: Editora UFSC, 2012, p. 191.

deliberação dos diversos atributos de seus filhos. Nessa senda, na seara de uma eugenia liberal,

Many biologists tend to think the problem is one of *design*, of specifying the best types of persons so that biologists can proceed to produce them. Thus they worry over what sort(s) of person there is to be and who will control this process. They do not tend to think, perhaps because it diminishes the importance of their role, of a system in which they run a “genetic supermarket”, meeting the individual specifications (within certain moral limits) of prospective parents. Nor do they think of seeing what limited number of types of persons people’s choices would converge upon, if indeed there would be any such convergence. This supermarket system has the great virtue that it involves no centralized decision fixing the future human type(s).³⁸⁷

A concentração do monopólio das decisões acerca das escolhas reprodutivas nas mãos dos progenitores em detrimento de um poder centralizador como o governo, de fato, poderia vir a contribuir para a aumento da variabilidade humana, contudo, atenta-se aos riscos da deturpação dessa proposição por valores culturais e/ou modismos, capazes de contaminar as escolhas genealógicas e, conseqüentemente comprometer a pluralidade da espécie.³⁸⁸

Admite-se, portanto, um limite moral pré-estabelecido no âmbito do referido direito de escolha, em prol do interesse e proteção da prole, indicando-se a baliza por meio do princípio hipocrático *primum non nocere*.³⁸⁹ Traduzido no contexto bioético da não-maleficência, confere-se à esse limitador valoração distinta, a depender da hermenêutica doutrinária adotada, como será abordado à frente, no momento da análise específica dos ditos aprimoramentos *in specie*.

Ante o exposto e, tendo em vista que não se possui um conceito universal de dano, restringir-se-á, nesta pesquisa, em elucidar a adoção de condutas no sentido de não se provocar prejuízos intencionais, que possam ser previsivelmente evitados, na esfera de proteção do próprio indivíduo proveniente da interferência,³⁹⁰

³⁸⁷ Tradução livre: “Muitos biólogos tendem a pensar que o problema é de *design*, de especificar os melhores tipos de pessoas para que os biólogos possam produzi-los. Assim, eles se preocupam com que tipo(s) de pessoa haverá e quem controlará esse processo. Eles não tendem a pensar, talvez porque diminua a importância de seu papel, em um sistema no qual eles dirigem um “supermercado genético”, atendendo às especificações individuais (dentro de certos limites morais) de futuros pais. Tampouco pensam em ver para qual número limitado de tipos de pessoas as escolhas das pessoas convergiram, se é que haveria tal convergência. Este sistema de supermercado tem a grande virtude de não envolver nenhuma decisão centralizada que fixe o(s) futuro(s) tipo(s) humano(s).”

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1974, p. 315.

³⁸⁸ GLOVER, Jonathan. Some uses of Genetic Engineering/ *In*: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (editors). **Bioethics: an anthology**. 2.ed. Oxford: Blackwell, 2006, p. 194.

³⁸⁹ Acima de tudo, não causar dano.

³⁹⁰ E não no campo do embrião.

cujo qual tem a existência diretamente influenciada pelo procedimento.³⁹¹

A título de ilustração, vale-se do exemplo de pais com deficiência visual, os quais, alegando identidade cultural, reivindicam a realização de terapias genéticas a fim de que sua prole nasça com a mesma deficiência. Para essa finalidade, a seleção embrionária apenas seria moralmente obstada, a partir do momento em que houvesse a possibilidade de cura de tal inabilidade na fase embrionária, contudo, caso a seleção se desse entre embriões, cujos quais, todos possuísem os genes de tal deficiência, não haveria, portanto, qualquer infringência da não-maleficência.

Outrossim, no campo principiológico dos partidários pró-melhoramento, resgata-se da Bioética o preceito da beneficência, qualificando-a como reprodutiva, na validação de uma obrigatoriedade moral a favor do aprimoramento. Os pais possuiriam, nessa lógica, um dever de eleger o melhor embrião, visando a possibilidade de melhor vida, esta entendida como bem-estar. Em outras palavras,

If couples (or single reproducers) have decided to have a child, and selection in possible, then they have a significant moral reason to select the child, of the possible children they could have, whose life can be expected, in light of the relevant available information, to go best or at least not worse than any of the others.³⁹²

Ante a essa transcrição, nota-se que a partir do princípio da beneficência reprodutiva, argumenta-se em prol de uma escolha racional. Dessa forma, estando a frente três possibilidades, dentre as quais há uma pior, uma moderada e outra melhor, racionalmente a melhor deverá imperar.

Contudo, a eleição do “melhor”, nesse aspecto, interpreta-se com base nos embriões disponíveis, logo, não se pretende a geração de um embrião perfeito, tampouco a vedação da geração de filhos caso o melhor embrião possua qualidades inferiores à média, mas a seleção daquele mais apto, que apresente menor

³⁹¹ Esse apontamento se faz relevante, sobretudo em razão do *status* jurídico conferido ao embrião pelos partidários dessa teoria.

³⁹² Tradução livre: “Se casais (ou reprodutores solteiros) decidiram ter uma criança, e a seleção é possível, então eles têm uma razão moral significativa para selecionar a criança, dentre as possíveis crianças que eles poderiam ter, cuja vida pode se esperar, à luz das informações relevantes disponíveis, ser a melhor ou pelo menos não a pior, do que nenhuma das outras.” SAVULESCU, Julian; KAHANE, Guy. The moral obligation to create children with the best chance of the best life. **Bioethics**, v.23, n.5, p. 274-290, jun./2009. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19076124/#:~:text=According%20to%20what%20we%20call,enjoy%20the%20most%20well%2Dbeing>. Acesso em: 23 nov. 2022, p. 274.

probabilidade de patologias graves ou que restrinjam as possibilidades de bem-estar, para usufruir da melhor vida possível³⁹³ - comunica-se, nesse ponto, com o pretérito exemplo da deficiência visual.

Apesar de não absoluta, propõe-se o florescimento, à luz da beneficência, de uma razão moral significativa em benefício da seleção do melhor embrião, compatibilizada com o senso comum, no qual, decidida a geração de filho, deve o casal empreender o exequível para que sua descendência desfrute de uma vida digna e confortável.³⁹⁴

A despeito dessa abstração construir-se no terreno da terapia genética, o seu uso harmoniza-se, outrossim, ao contexto do aprimoramento, porquanto possuindo razões para selecionar o embrião superior dentre os disponíveis, a sua utilização não se restringe ao afastamento de doenças, mas à oportunização de um maior bem-estar. Nesse sentido,

[...] it has been argued that decisions about what would make people's lives go best—and also, therefore, what is in their best interests—should be guided not by whether a treatment will cure a disease or heal an injury, but by whether it will increase well-being. Savulescu tells us that, “[i]t is not [disease] which is important. People often trade length of life for non-health related well-being. Non-disease [states] may prevent us from leading the best life”. On this view, we might conclude that, since it is acceptable to treat diseases or injuries in those who are unable to give consent, it is also acceptable to treat non-disease states in such people if the treatment would increase well-being, provided that the level of well-being we expect them to achieve is not likely to be outweighed by any stress or risks associated with the treatment.³⁹⁵

De fato, a promoção da dignidade, defendida pelos teóricos transumanistas como “bem-estar” comportam traços de todas as ordens, ainda que

³⁹³ SOUSA, Laís Sirtoli. **Sobre a permissão moral das técnicas de melhoramento humano na seleção de embriões**. Orientadora: Milene C. Tonetto. 2015. 113f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2015, p. 73.

³⁹⁴ SAVULESCU; KAHANE, 2009, p. 277-278.

³⁹⁵ Tradução livre: “[...] tem-se argumentado que as decisões sobre o que faria a vida das pessoas melhor - e também, portanto, o que está em seus interesses principais - deve ser guiada não pelo fato de se um tratamento vai curar uma doença ou curar uma lesão, mas pelo fato de que vai aumentar o bem-estar. Savulescu nos diz que, “não é [a doença], que é importante. As pessoas muitas vezes trocam a duração da vida pelo bem-estar não ligado a saúde. [Estados] saudáveis podem nos impedir de levar a melhor vida”. Nessa visão, podemos concluir que, uma vez que seja aceitável tratar doenças ou danos daqueles que são incapazes de fornecer consentimento, é também aceitável tratar estados não doentes dessas pessoas se o tratamento aumentar o bem-estar, dado que o nível de bem-estar que esperamos que eles atinjam não seja superado provavelmente por qualquer estresse ou riscos associados ao tratamento.”

BOSTROM, Nick; ROACHE, Rebecca. Ethical Issues in Human Enhancement. **New Waves in Applied Ethics**, Pelgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <https://nickbostrom.com/ethics/human-enhancement.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022, p. 17.

não haja uma clara finalidade terapêutica, por compreenderem que além da saúde, há outros bens primordiais que merecem respeito e zelo, eis que fundamentais para que o indivíduo desfrute ao máximo de sua existencialidade.

Ante a essas considerações, mister destacar uma ressalva relativa à argumentação pró-melhoramento dada a beneficência reprodutiva e a autonomia procriativa, professada por parte dos adeptos dessa corrente. Apesar de ambos os valores sedimentem suas justificações em benefício da adoção da engenharia genética, a autonomia procriativa carece, como exposto, de um agente limitador, eis que sua utilização de forma irrestrita poderia vir a legitimar as escolhas dos progenitores de todas as ordens, tanto positivas quanto negativas.³⁹⁶ Nessa senda, frente à beneficência, há uma incoerência e, correlata incompatibilidade com o desempenho ilimitado da autonomia, focalizando, reiteradamente, na fundamentalidade de uma análise balizada por coerência e racionalidade.

No domínio biotecnológico da engenharia genética, a eleição de sexo torna-se prática cientificamente possível, mediante dois métodos, quais sejam: realização de diagnóstico genético pré-implantacional na fertilização *in vitro* e/ou *MicroSort*, técnica de seleção de espermatozoide.

Defensor de uma autonomia procriativa ampliada, Robert Nozick apresenta um projeto no qual os indivíduos sejam livres na decisão a respeito das características, modificações e/ou aprimoramentos para a composição de sua prole e, nesse íterim liberal, torna-se partidário da seleção de sexo.³⁹⁷

³⁹⁶ Nesse íterim, referindo-se à autonomia procriativa, “according to this principle, it is permissible for parents to select the best, but it is equally permissible for them to select the worst. Procreative Autonomy is an extremely implausible moral principle.”

Tradução livre: “de acordo com este princípio, é permitido aos pais selecionarem o melhor, mas é igualmente possível que eles selecionem o pior. Autonomia procriativa é um princípio moral extremamente implausível.”

SAVULESCU; KAHANE, 2009, p. 279.

³⁹⁷ If it is worried that some important ratios will be altered, for example of males and females, a government could require that genetic manipulation be carried on so as to fit a certain ratio. Supposing, for simplicity, that the desired ratio is 1:1, hospitals and clinics could be required (at least as a bookkeeping arrangement) to pair couples desiring a male child with those desiring a female before aiding either couple in realizing their desires. If more couples desired one alternative, couples would pay others to form the opposite couple in the pair, and market would develop to the economic benefit of those indifferent about the sex of their next child. Maintenance of such a macroratio would appear to be more difficult in a purely libertarian system. Under it either parents would subscribe to an information service monitoring the recent births and so know which sex was in shorter supply (and hence would be more in demand later in life), thus adjusting their activities, or interested individuals would contribute to a charity that offers bonuses to maintain the ratio, or the ratio would leave 1:1, with new family and social patterns developing.”

Tradução livre: “Se estiver preocupado com a alteração de algumas razões importantes, por exemplo, de machos e fêmeas, um governo pode exigir que a manipulação genética seja realizada para se

Assumindo, autonomamente, a gestão familiar-reprodutiva, os particulares seriam autorizados a adotarem tais métodos e, desse modo, retirarem do acaso esse arbítrio. Sucede que, apesar de partilhar desse posicionamento mais extremado, o autor, ainda assim, cumpre certa restrição à autonomia, com vistas à manutenção do equilíbrio de sexos.

Sob a justificativa de evitar qualquer dano intencional, apresenta-se uma sistemática, onde os próprios sujeitos se associariam a uma espécie de serviço de controle para ter acesso a informações de cunho quantitativo acerca dos nascimentos de cada sexo, sendo então plausível ajustarem seus desígnios ao momento propício do sexo desejado.

Alternativamente, propõe-se uma organização em pares, na qual o requerimento de um casal por um determinado sexo vincula-se, diretamente, ao requerimento de outro, do sexo oposto. Para tanto, em tal pensamento aquiesce-se, moralmente, à exequibilidade de retribuição onerosa de pares para outro, no intuito de que este, como contraprestação ao importe recebido, requeresse o nascimento de um filho de sexo contrário ao desejado pelo primeiro.

Com efeito, nota-se que esse parecer se devota integralmente a um transumanismo mais rígido, no qual a autonomia, embora de certo modo limitada, é extensivamente protegida. Contudo, apesar de representar um juízo pró-melhoramento, não reúne todos os filiados a essa ideia, eis que para alguns teóricos, como bem posto, o aprimoramento é restrito às práticas que, de fato, melhoram as capacidades humanas, de tal sorte que a seleção de sexo, como regra geral, em nada impactaria em técnicas de aperfeiçoamento, tampouco terapêuticas.

Assim sendo, obra-se um recorte metodológico, a fim de circunscrever as espécies de melhoramento genético à análise, especificadamente, do

adequar a uma determinada proporção. Supondo, para simplificar, que a proporção desejada seja 1:1, hospitais e clínicas poderiam ser obrigados (pelo menos como um arranjo contábil) a emparelhar casais que desejam um filho do sexo masculino com aqueles que desejam uma filha do sexo feminino antes de ajudar qualquer um dos casais a realizar seus desejos. Se mais casais desejassem uma alternativa, os casais pagariam a outros para formar o casal oposto no par, e o mercado se desenvolveria em benefício econômico daqueles indiferentes quanto ao sexo do próximo filho. A manutenção de tal macro-razão parece ser mais difícil em um sistema puramente libertário. Segundo ele, os pais assinarium um serviço de informações que monitora os nascimentos recentes e assim saberiam qual sexo estava em menor oferta (e, portanto, seria mais procurado mais tarde na vida), ajustando assim suas atividades, ou os indivíduos interessados contribuiriam para uma instituição de caridade que oferece bônus para manter a proporção, ou a proporção deixaria 1:1, com o desenvolvimento de novos padrões familiares e sociais.”
NOZICK, 2006, p. 194.

aprimoramento moral e cognitivo. Preliminarmente, no que toca o aprimoramento moral, argumenta-se a temática, na ânsia por solver o seguinte questionamento: por qual razão seria necessário melhorar moralmente a humanidade?

Em contraposição ao pensamento tradicionalmente exarado pelos tomistas, mostra-se favorável a realização dessa prática, sobretudo em virtude da competitividade e egoísmo aumentados, a cada dia, pela humanidade pós-moderna. Valendo-se da relação homem x meio-ambiente para desenvolver o referido raciocínio, pontua-se que há um predomínio generalizado em se computar ganhos individuais em detrimento dos coletivos.

Logo, essa visão autointeressada dos sujeitos constituem um problema na seara da cooperação, eis que os indivíduos tendem a simpatizarem-se, altruisticamente, com pessoas próximas, do mesmo círculo familiar ou de amizade, ao passo que a compaixão, quantitativamente, não é um sentimento que tem se desenvolvido com maior intensidade em situações envolvendo um maior número de pessoas. Em outras palavras, a empatia é idêntica quando uma situação envolve uma ou mil sujeitos.³⁹⁸

Desse modo, não obstante tenha a ciência materializado o desenvolvimento humano, crê-se que a medida que a tecnologia avança, o cenário cosmopolita promove a fusão entre democracias liberais e culturas diversas e, nessa lógica, as pessoas tendem a regredirem. Não bastasse o descaso humano para com

³⁹⁸ "While many of us are capable of vividly imagining the suffering of a single subject before our eyes and, consequently, feel strong compassion, we are unable vividly to imagine the suffering of 100 subjects even if they be in sight, let alone 1,000 subjects, and so on. Nor could we feel a compassion which is 100 times (or more) as strong as the compassion we feel for a single sufferer. Rather, the degree of compassion which we experience is likely to remain more or less constant when we switch from reflecting upon the suffering of a single subject to the suffering of 100 subjects. This insensitivity or numbness to numbers of sufferers is prone to make us seriously underestimate the amount of suffering that we could (but fail to) alleviate in the developing world. Hence, we are unlikely to be willing to pay the costs required to alleviate this suffering."

Tradução livre: "Enquanto muitos de nós somos capazes de imaginar vividamente o sofrimento de um único sujeito antes nossos olhos e, conseqüentemente, sentir forte compaixão, somos incapazes de imaginar vividamente o sofrimento de 100 súditos, mesmo que estejam à vista, muito menos 1.000 súditos, e assim sobre. Nem poderíamos sentir uma compaixão que é 100 vezes (ou mais) tão forte quanto a compaixão que sentimos por um único sofredor. Em vez disso, o grau de compaixão que nós experiênciamos provavelmente permanecerá mais ou menos constante quando deixamos de refletir sobre o sofrimento de um único sujeito ao sofrimento de 100 sujeitos. Essa insensibilidade ou entorpecimento para números de sofredores é propenso a nos fazer subestimar seriamente a quantidade de sofrimento que poderíamos (mas não conseguimos) aliviar no mundo em desenvolvimento. Por isso, é improvável que estejamos dispostos a pagar os custos necessários para aliviar esse sofrimento. "

PERSSON, Ingmar; SAVULESCU, Julian. Unfit for the Future? Human Nature, Scientific Progress, and the Need for Moral Enhancement. *In*: SAVULESCU, Julian; MEULEN, Ruud ter; KAHANE, Guy (editors). **Enhancing Human Capacities**. Oxford: Blackwell, 2011, p. 491.

as questões ecossistêmicas, ilustra-se esse enérgico individualismo por meio da intensificação do tratamento assimétrico no domínio de sociedades heterogênicas. Ao invés de cultivar a tolerância, percebe-se que com o progresso técnico-científico, acentua-se uma falha democrática, no sentido de que as maiorias, valendo-se de discursos totalitários, tendem a privar as minorias de um tratamento moral aceitável.

À vista disso, altruísmo, senso de justiça, compaixão, cooperação e respeito pela igualdade corresponderiam a comportamentos morais de base genética inata, adaptações favorecidas no processo de seleção natural pelas vantagens para a sobrevivência. Enquanto bens humanos fundamentais, a otimização dos mesmos por meio das terapias gênicas, segundo essa concepção, faz-se não apenas razoável, mas essencial.³⁹⁹

De fato, a depreciação humana ocasionada pela ciência, eleva a aceitação moral da engenharia genética, a fim de criar indivíduos moralmente mais comprometidos com o respeito ao próximo e, portanto, valorados altruisticamente. Nessa senda, busca-se desconstituir argumentativamente os contrapontos à essas práticas.

Com efeito, a desigualdade é um atributo negativo que assola toda a sociedade e, assim a seara do melhoramento moral não constituiria uma conjuntura externa às preocupações com esse desvalor. Ocorre que os adeptos da corrente pró-melhoramento não ignoram as assimetrias coletivas existentes na sociedade contemporânea, tanto que atribuem a elas parte do egoísmo inato aos homens. Contudo, ainda que a disponibilidade do aprimoramento moral se restrinja a parcela exígua da população, as benesses seriam compartilhadas por todos.⁴⁰⁰

A conjuntura coletiva conformar-se-ia com uma parcela “melhorada”, moralmente manipulada à luz da abnegação e bondade, ao passo que ao restante a regalia seria desfrutada mediante um estímulo materializado pelo exemplo, no sentido da adoção de práticas filantrópicas. Isto porque, o comportamento moral cooperativo não é exclusivo das terapias genéticas, mas ainda que não incisivamente estabelecido, era muito antes propagado pela educação.

No contexto discriminatório do mercado de trabalho, argumenta-se

³⁹⁹ OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. Aperfeiçoamento (enhancement) Moral: Considerações Éticas. In: NAHRA, Cinara; OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de (org). **Aperfeiçoamento Moral**. Natal: Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2012, p. 40-45.

⁴⁰⁰ SOUSA, 2015, p. 84.

favoravelmente à impossibilidade de se prever, com clareza e certeza, a predileção por essas pessoas, produtos de um melhoramento genético, em detrimento daqueles naturalmente selecionados, vez que não obstante se execute a técnica, a exequibilidade do procedimento não garante que os sujeitos melhorados venham a compor-se em uma versão, se fato, moralmente posicionada.

Outrossim, no que se refere à autocompreensão do indivíduo aprimorado, urge salientar que a humanidade nunca se contentou em contemplar passivamente a natureza, tanto que recorrentemente valida-se a realização de terapias curativas. Somado a esse fato, o valor sacro da natureza humana, tão reverenciado pelos adeptos da teoria naturalista-tomista, não seria descaracterizado pelas práticas de melhoramento, visto que o ser humano, ainda que naturalmente selecionado, não se representa, absolutamente, como um livro em branco, obra do acaso, porquanto no nascimento de um indivíduo, mesmo sem qualquer interferência genética, grande parte de seus atributos imputa-se às ações, decisões e características genotípicas dos progenitores.⁴⁰¹

Não se qualificaria, portanto, em um determinismo genético. Em réplica ao questionamento inicial, a essencialidade desse método funda-se no fato de que, uma vez alterado o genoma do sujeito a fim de que o mesmo cresça moralmente favorecido, e altruisticamente tendenciado, a seara de sua autonomia e, conseqüentemente de sua dignidade não é reduzida: *i*) a elitização da técnica não incrementaria a desigualdade já existente, mas a atenuaria, porquanto os benefícios desse progresso são partilhados, inclusive, pelos sujeitos não submetidos à nenhuma técnica, dada a influência educacional conferida pelo arquétipo melhorado no contexto coletivo;

Não bastasse, a deslealdade da competitividade laboral é outra crítica

⁴⁰¹ “[...] não está claro em que sentido a manipulação genética afetaria de forma decisiva este fato. Também o indivíduo modificado geneticamente nasce e representa, portanto, um novo começo. Ele também vem ao mundo como sujeito livre e ele também é um corpo, e não há motivo para pensar que o seja menos só porque alguém decidiu que seu corpo terá certas características. Como já vimos, uma espécie de programação genética já tem lugar até no nível da procriação natural, embora ninguém pense por isso ser menos livre ou ser um sujeito moral com menos autonomia. Sem dúvida, a manipulação genética representa uma eliminação do confim entre natural e artificial; contudo, considerá-la por esta razão uma lesão da autonomia individual seria uma conclusão infundada – ou melhor: seria uma conclusão fundada sobre uma pressuposição não demonstrada, a saber, a ideia de que o indivíduo é livre só se vem ao mundo comum patrimônio genético intacto.

PINZANI, Alessandro. O natural e o artificial: argumentos morais e políticos contra a eugenia positiva seguindo Habermas e Foucault. **Ethic@**, Florianópolis, v.4, n.3, p. 361-377, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/20245/25435>. Acesso em: 24 nov. 2022, p. 369-370.

desconstruída, eis que *ii*) apesar da natureza do aprimoramento moral, não há como precisar que esta será uma das características exigíveis para selecionar o “melhor candidato”. Por fim, *iii*) o melhoramento moral não influi em eventual sentimento subjetivo de que o indivíduo corresponderia a um produto feito sob a requisição de terceiros – dos pais –, vez que nenhum homem é resultado integralmente accidental, mas, ao menos, decorrência dos códigos genéticos dos pais.

No intento de possibilitar uma comparação entre a fundamentação naturalista e a pró-melhoramento e, dada a proximidade entre o método de aprimoramento ulteriormente apresentado, promove-se uma rasa análise das alegações congruentes ao aprimoramento das capacidades cognitivas humanas, doutrinariamente descritas como,

[...] the amplification or extension of core capacities of the mind through improvement or argumentation of internal or external information processing systems. [...] Cognition can be defined as the process an organism uses to organize information. This includes acquiring information (perception), selecting (attention), representing (understanding) and retaining (memory) information, and using it to guide behavior (reasoning and coordination of motor outputs). Interventions to improve cognitive function may be directed at any one of these core faculties. An intervention that is aimed at correcting a specific pathology or defect of a cognitive subsystem may be characterized as *therapeutic*. An *enhancement* is an intervention that improves a subsystem in some way other than repairing something that is broken or remedying a specific dysfunction.⁴⁰²

A partir da contingência científica em direção a essa espécie de melhoramento humano, na qual aumenta-se as habilidades cognitivas dos sujeitos, inserem-se, a grosso modo, as mesmas dubiedades e julgamentos desferidos contra as técnicas anteriormente abordadas.

À luz da autonomia procriativa, balizada pelo princípio da não-maleficência e, em consonância com a beneficência reprodutiva, o melhoramento

⁴⁰² Tradução livre: “[...] a amplificação ou extensão das capacidades centrais da mente através da melhoria ou argumentação dos sistemas internos ou externos de processamento de informações. [...] A cognição pode ser definida como o processo que um organismo usa para organizar informações. Isso inclui adquirir informações (percepção), selecionar (atenção), representar (compreender) e reter (memória) informações e usá-las para orientar o comportamento (raciocínio e coordenação das saídas do motor). Intervenções para melhorar a função cognitiva podem ser direcionadas a qualquer uma dessas faculdades centrais. Uma intervenção que visa corrigir uma determinada patologia ou defeito de um subsistema cognitivo pode ser caracterizada como terapêutica. Um aprimoramento é uma intervenção que melhora um subsistema de alguma forma, além de reparar algo que está quebrado ou remediar uma disfunção específica.”

BOSTROM, Nick; SANDBERG, Anders. Cognitive enhancement - Methods, Ethics, Regulatory Challenges. **Science and Engineering Ethics**, 15, 2007. Disponível em: file:///C:/Users/asus/Downloads/download.pdf. Acesso em: 24 nov. 2022, p. 1-2.

cognitivo refletiria na esfera de escolha dos progenitores, os quais, possuindo condições socioeconômicas de custear a realização da dita interferência genética, incidiriam em um dever moral de adoção dessa prática, eis que racionalmente corresponderia a um atributo positivo, cuja presença não geraria um dano interno e/ou externo intencional.

Nessa lógica, os idealistas pró-melhoramento rebatem as preocupações concernentes a vinculação dessa técnica a eventual estímulo de desigualdades e discriminação, à suposta demanda pela perfeição e inutilização da autonomia subjetiva, utilizando-se de uma razão não posicional do aprimoramento cognitivo. A valoração atribuída à melhora cognitiva não se sustenta em virtude de outros não a possuírem, de modo que sua valia anular-se-ia, caso contrário, por estimular uma “corrida armamentista” cognitiva, resultando em nenhum ganho líquido de utilidade social.⁴⁰³

Apesar de reconhecer o alto custo envolvido no acesso desse método genético, defende-se que, assim como os demais bens de onerosos, com a recorrente utilização do aprimoramento cognitivo e, conseqüentemente, o despertar de uma disputa concorrencial nesse sentido, a tendência é o barateamento e acesso mais igualitário.

É fácil imaginar a engenharia genética tornando-se um pré-requisito dos ricos e, portanto, exacerbando a injustiça, que já é imensa, tanto das sociedades prósperas quanto das empobrecidas. Todavia essas técnicas têm usos que vão além da vaidade, e esses podem vir a justificar a pesquisa e as experiências, mesmo que julguemos ser a vaidade um motivo inadequado e proibido. Percebemos, anteriormente, as importantes conquistas médicas que já foram alcançadas por intermédio da engenharia seletiva, e pode-se esperar com confiança que mais pesquisas na engenharia genética ampliarão as descobertas anteriores. A clonagem pode acabar oferecendo benefícios médicos impressionantes. Os pais de uma criança muito doente podem querer outro filho, o qual amariam tanto quanto qualquer outro, mas cujo sangue ou medula poderia salvar a vida do filho doente do qual foi clonado.

⁴⁰³ “A positional good is one whose value is dependent on others not having it. If cognitive enhancements were purely positional goods, then the pursuit of such enhancements would be a waste of time, effort, and money. People might become embroiled in a cognitive “arms race”, spending significant resources merely in order to keep up with the Joneses. One person’s gain would produce an offsetting negative externality of equal magnitude, resulting in no net gain in social utility to compensate for the costs of the enhancement efforts.”

Tradução livre: “Um bem posicional é aquele cujo valor depende de outros não o possuírem. Se os aprimoramentos cognitivos fossem bens puramente posicionais, a busca por tais aprimoramentos seria uma perda de tempo, esforço e dinheiro. As pessoas podem se envolver em uma “corrida armamentista” cognitiva, gastando recursos significativos apenas para acompanhar os Jones. O ganho de uma pessoa produziria uma compensação de externalidade negativa de igual magnitude, resultando em nenhum ganho líquido na utilidade social para compensar os custos dos esforços de melhoria.” BOSTROM; SANDBERG, 2007, p. 20.

Clonar determinadas células-tronco humanas para produzir um órgão para transplante, em vez de um organismo inteiro, pode resultar em benefícios ainda maiores. Uma célula que passou por reengenharia e foi clonada, extraída de um paciente canceroso, pode tornar-se a cura daquele câncer quando do transplante dos clones.⁴⁰⁴

Assim, não se deve buscar promover a igualdade nivelando os padrões e expectativas por baixo, vez que “o remédio para a injustiça é a redistribuição, e não a recusa dos benefícios para alguns sem ganhos correspondentes para outros.”⁴⁰⁵ Logo, reitera-se, mais uma vez, a exclusão da finalidade posicional da prática, eis que caso o fosse, na hipótese de efetivar a universalização do procedimento, conferindo-o tom de acessibilidade, a longo prazo inexistiria vantagem ao melhorado cognitivamente.

Contudo, ante a desnaturalização dessa qualificação, a preocupação incide, mormente, à esfera da própria discriminação desferida aos sujeitos naturalmente concebidos, quando equiparados a indivíduos cuja capacidade de percepção, atenção, entendimento, raciocínio e memória tenha sido ampliada. Isto porque, a referida marginalização transcende o empecilho do alto custo, abarcando, inclusive, os filhos de pais que, apesar de possuírem condições econômicas de financiarem a prática, optarem, dentro do âmbito de sua autonomia, por não o fazer.

Sem pretensão de esgotar a temática, tampouco o debate, destaca-se a sugestão a esse embaraço, conferida por Julian Savulescu e Guy Kahane. Filiados ao juízo pró-melhoramento, os referidos autores recomendam que a atuação do estado, no âmbito do estímulo à adoção de práticas de melhoramento e, dentre elas, o aprimoramento cognitivo, se dê por meio de campanhas persuasivas e educativas, competindo à sociedade a demonstração da desaprovação do comportamento dos pais, quando estes optarem pela não utilização das técnicas e, por conseguinte, darem origem a uma prole com menor condição de desfrutar de um bem-estar existencial.⁴⁰⁶

Assim sendo, o arrazoado a favor da ingerência genética como um todo, abrangendo, simultaneamente, as práticas terapêuticas e as condutas de aprimoramento conferem à tutela da dignidade humana significado diverso daquele defendido pelos tomistas, classicamente realizada em um âmbito restritivo de

⁴⁰⁴ DWORKIN, 2011, p. 627.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 628.

⁴⁰⁶ SAVULESCU; KAHANE, 2009, p. 287.

conservação da natureza humana. Nesse diapasão, elastece-se, igualmente, o âmbito da liberdade contratual, de tal sorte que os sujeitos, à luz dos negócios biojurídicos, poderiam pactuar entre si, a realização de técnicas de ingerência genética, sejam curativas ou não.

No substrato desse pensamento, a utilização dessas práticas torna-se mais do que técnica e cientificamente possível, mas aconselhável a partir da ótica moral, justificando-se, axiológica e extensivamente, na *i)* autonomia procriativa; *ii)* beneficência reprodutiva; *iii)* valoração não posicional; *ii)* manutenção da autonomia existencial.

4.3 VALIDAÇÃO PÓS-MODERNA DA BIOENGENHARIA: BALIZAMENTO DO CONTEÚDO CONTRATUAL À LUZ DO BIOCONSERVADORISMO

À luz do progresso técnico-científico e, partindo de uma compreensão biotecnológica pós-metafísica, ampliam-se as possibilidades de ingerência existencial já conhecidas em paridade com o surgimento de novas contingências de intervenção genômica. O que outrora via-se como “dado”, obra ao acaso de uma loteria genética, move-se, contemporaneamente, ao campo de uma disposição orgânica programada, na qual a autoinstrumentalização e a auto-otimização humanas são, por vezes, pretendidas, sobrepujando o esforço e a dedicação, no audaz terreno da razão pró-melhoramento.

Entretanto, não obstante a tendência liberal em favor da promoção irrestrita da autonomia procriativa, por meio da validação de técnicas de aprimoramento humano, estabelecem-se acauteladas considerações no âmbito da manipulação genética, intercedendo em benefício das terapias gênicas, mas censurando a prática da eleição de características desejadas por meio da seleção embrionária.

Tais juízos valorativos, todavia, não implicam na renúncia aos avanços científicos, mas, a pretexto de balizá-los, efetivamente viabiliza-se a sua execução, conseqüentemente legitimando a sua pactuação, enquanto objeto existencial, entre os privados, sobretudo em consonância com a ordem jurídico-social convencionada.

Ato contínuo, após ilustrar a controvérsia teórica e moralmente filosófica envolvendo os posicionamentos tomistas e transumanistas na seara da

modificação genética, tenciona-se nessa seção, a partir de um entendimento moderado e, de certo modo bioconservador, fixar a convicção adotada nesse estudo, objetando o juízo manifestado por ambas as correntes, para ao final estabelecer as coerentes balizas ao progresso da bioengenharia e, portanto a definição do núcleo existencial rígido a ser tutelado como conteúdo mínimo no âmbito da liberdade contratual.

Assim, contrário à aversão naturalista-tomista a qualquer ingerência reprodutiva sob a justificativa de tutela da natureza humana, mas igualmente avesso ao progresso utilitarista da corrente pró-melhoramento, sustenta-se entendimento intermediário, favorável à manipulação genética no campo do incremento à saúde⁴⁰⁷⁴⁰⁸ mas, mantendo-se oposto às interferências genéticas de outras ordens, seja para “aprimoramento” dos atributos humanos, a exemplo da moral e/ou cognição, seja na esfera de eleição de sexo.

De fato, o desenvolvimento das ciências e, da engenharia genética são incontestes, logo, a defesa de um abstencionismo integral em prol da conservação de uma razão natural, composta por uma natureza humana dúplice, biológica, mas também prática, conduz a humanidade a um domínio da ingenuidade. As pesquisas e experimentações médicas se avultaram a tal ponto, que sustentar a sua completa submissão aos processos reprodutivos naturais seria exigir que a humanidade

⁴⁰⁷ Aqui promove-se a seguinte ressalva: defende-se a realização das manipulações genéticas que visam a promoção e fortalecimento da saúde. Logo, além das terapias genéticas em células somáticas, o presente estudo é favorável a outras manipulações que, apesar de finalidade não curativa, ainda se reúnem no intuito de propiciar a saúde, a exemplo de ingerências genéticas afetas à imunologia e ao aumento da expectativa de vida.

⁴⁰⁸ No que se refere à saúde, importante pontuar que se trata de um termo de conteúdo indefinido, conceito aberto de difícil preenchimento. Contudo, na tentativa de estabelecer bases para a utilização do termo, destacam-se os dizeres de Christopher Boorse: “1. The reference class is a natural class of organisms of uniform functional design; specifically, an age group of a sex of a species. 2. A normal function of a part or process within members of the reference class is a statistically typical contribution by it to their individual survival and reproduction. 3. Health in a member of the reference class is normal functional ability: the readiness of each internal part to perform all its normal functions on typical occasions with at least typical efficiency. 4. A disease is a type of internal state which impairs health, i.e. reduces one or more functional abilities below typical efficiency.”

Tradução livre: “1. A classe de referência é uma classe natural de organismos de design funcional uniforme; especificamente, uma faixa etária de um sexo de uma espécie. 2. Uma função normal de uma parte ou processo dentro dos membros da classe de referência é uma contribuição estatisticamente típica para sua sobrevivência e reprodução individual. 3. A saúde em um membro da classe de referência é a capacidade funcional normal: a prontidão de cada parte interna para realizar todas as suas funções normais em ocasiões típicas com pelo menos eficiência típica. 4. Uma doença é um tipo de estado interno que prejudica a saúde, ou seja, reduz uma ou mais habilidades funcionais abaixo da eficiência típica.”

BOORSE, Christopher. Health as a Theoretical Concept. **Philosophy of Science**. University of Delaware, 44, pp. 542-573. 1977. Disponível em: https://bioetyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/10/06_BoorseHealthConcept.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 562.

cerrasse completamente os olhos para o progresso, pedido demasiadamente irrazoável no hiato atual.

Assim, a dignidade humana, interpretada em sua conotação jurídica e moral, vincula-se a simetria das relações, de tal sorte que a natureza de seu domínio não se encontra no âmbito da propriedade de um “possuir”, mas marca, previamente, uma intangibilidade, na qual o indivíduo surge, somente, com o auxílio social da exteriorização,⁴⁰⁹ estabelecendo-se em uma rede de relações de reconhecimento.⁴¹⁰

A tomista defesa de um *status* metafísico do embrião, no qual sua esfera de proteção equipara-se, em força, ao da pessoa humana, implicando, conseqüentemente, na proibição de sua utilização, inclusive, para fins curativos desmantela parcela de sua *causa essendi*, especialmente diante das constantes premências sociais, nas quais os sujeitos passam a demandar o uso da ciência para fazer frente a antigas problemáticas, como o desejo de ter filhos em contraposição à infertilidade. Não bastasse, uma vez legitimada a reprodução assistida, inserem-se na alçada jurídica outros dilemas – que não serão abordados especificadamente nesse estudo – a exemplo do tratamento do embrião excedentário e a possibilidade de experimentação com células-tronco, circunstâncias inconcebíveis se pactuado o embrião como pessoa.

Com efeito, a intangibilidade embrionária começa a ser contraditada a partir das reivindicações e dos questionamentos pós-modernos no âmbito da genética e experimentação humana. Logo, tal conjuntura afinada com a necessidade de uma intersubjetividade comunicativa do indivíduo, para que este, pertencente a um corpo coletivo, constitua sua autocompreensão,⁴¹¹ torna não só plausível como compulsório o uso da manipulação genética.

⁴⁰⁹ Apenas a título de contextualização, o pensamento Habermasiano compunha-se da seguinte forma: “Uma vez que o ser humano nasce “incompleto”, no sentido biológico, e passa a vida dependendo do auxílio, da atenção e do reconhecimento do seu ambiente social, a *imperfeição* de uma individualização fruto de sequências de DNA torna-se momentaneamente visível quando tem início o processo de individualização social [...]. Aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto *público* de interação de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente. Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que *vão ao seu encontro*, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela.”

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 48-49.

⁴¹⁰ Nesse ponto não se pretende adentrar nas diversas teorias acerca do início da vida humana, mas busca-se, por meio dessas passagens, atentar a natureza social e cultural do ser humano, fundamentais para a sua autocompreensão como pessoa, inserido num contexto coletivo.

⁴¹¹ LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o Futuro da Natureza Humana: Leituras de um Jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, p. 145.146.

Estabelecidos esses entraves à concepção tomista e, igualmente ostensivo à corrente pró-melhoramento, constrói-se um aporte crítico das premissas contrárias ao aprimoramento genético mediante um raciocínio não consequencialista. Evitando um domínio de justificação externa, adstrita a premissas que não compõem enunciados empíricos, tampouco regras de direito positivo, elucida-se que a principal preocupação lançada em relação à bioengenharia não seria a atuação do melhoramento como “vício individual, mas sim como hábito mental e modo de vida.”⁴¹²

Traçam-se, portanto, argumentos no intuito de responder os questionamentos formulados por Jürgen Habermas em sua obra *O Futuro da Natureza Humana*, aqui reiterados: é possível dispor livremente da vida humana com intuito de seleção?⁴¹³ A autotransformação genética da espécie é um caminho para aumento da autonomia dos sujeitos ou configura-se um meio para minar a autocompreensão humana?⁴¹⁴

Introduzido por essas interrogações, inicia-se mediante uma apropriação reflexiva e autocrítica, o aprazamento dos limites entre a natureza do que de fato *somos* e aquilo que nos é *proporcionado*. Na mesma velocidade que a evolução da engenharia genética desperta benesses à humanidade, não se admite que a interferência genética se constitua indefinidamente, ante a sua potencialidade latente de afetar a autocompreensão dos sujeitos enquanto integrantes da espécie humana.

Nesse ínterim, fundamentada em uma distorcida percepção de liberdade, tende-se, de modo falacioso, aproximar as justificações de uma eugenia liberal à autonomia dos indivíduos, sobretudo dos pais em detrimento do Estado, o qual se restringiria, enquanto agente econômico, a concentrar-se nas atividades produtivas e de prestação de serviço.⁴¹⁵ Sucede que apesar desses esforços, uma vez compreendido o processo biotecnológico atrelado à existência do sujeito

⁴¹² SANDEL, 2013. E-book, p. 66-67.

⁴¹³ “Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?”
HABERMAS, 2004, p. 29.

⁴¹⁴ “Podemos conceber a autotransformação genética da espécie como caminho para o aumento da autonomia do indivíduo – ou com isso estaremos minando a autocompreensão normativa de pessoas que conduzem suas próprias vidas e consagram o mesmo respeito umas às outras?”
Ibid., p. 41.

⁴¹⁵ “De fato, a miopia liberal estaria, primeiramente, em conceber a manipulação genética como um aumento de liberdade de escolha, ou seja, de sua liberdade de escolha sobre o corpo de um outro, não considerando as implicações sobre o terceiro envolvido.”
DUTRA, 2005, p. 330.

geneticamente programado, aquela liberdade originária desqualifica-se, conferindo efeito reverso ao pretendido: o indivíduo geneticamente aprimorado tem sua capacidade comunicativa distorcida pelo programador genético.

Perdendo a relação de simetria com seus pares, o sujeito sente-se mais próximo de um objeto, eis que modificado irreversivelmente, sem o seu consentimento. Desmuniciado do controle de sua vida, torna-se produto determinantemente fabricado, conforme o desejo de outrem

Ante a percepção de sua constituição atrelada a processos biotecnológicos, o ser humano, fruto de uma programação genética, sente-se delineado e pré-determinado de acordo com preferências e projetos de terceiros e, a medida que desvenda as técnicas de sua fabricação,

[...] a perspectiva do participante da “vida vivida” colide com a perspectiva reificante dos produtores ou artesãos. Pois, ao decidir sobre seu programa genético, os pais formulam intenções que mais tarde se converterão em expectativas em relação ao filho, sem, contudo, conceder ao seu destinatário, o filho, a possibilidade de uma *reconsideração*.⁴¹⁶

Não bastasse, há quem argumente que implícito no dever parental proteção, coexistiria o múnus de maximizar o potencial da prole, para que esta desfrute do pleno sucesso e bem-estar. Contudo, apesar de disseminada no senso comum e, inclusive em certas teorias filosóficas,⁴¹⁷ essa visão não apenas reduz a saúde a termos instrumentais, mas valendo-se de um pensamento utilitarista, camufla a instrumentalização humana sob um falacioso pretexto de amor incondicional, articulado sob uma dita função protetiva dos pais.⁴¹⁸

⁴¹⁶ HABERMAS, 2004, p. 71.

⁴¹⁷ A exemplo de Savulescu, para quem “a saúde não tem valor intrínseco”, mas apenas “valor instrumental”, conformando-se enquanto um “recurso” que permite com que os seres humanos façam o que desejarem. “Esse tipo de pensamento em relação à saúde rejeita a distinção entre cura e melhoramento. De acordo com Savulescu, os pais não apenas têm o dever de promover a saúde dos filhos como também a “obrigação moral de modificá-los geneticamente”. Os pais deveriam utilizar a tecnologia para manipular a “memória, o temperamento, a paciência, a empatia, o senso de humor, o otimismo” e outras características dos filhos, a fim de lhes dar “a melhor oportunidade de ter uma vida melhor.”

SANDEL, 2013. E-book, p. 39.

⁴¹⁸ “O problema não é que os pais usurpem a autonomia do filho que projetam (pois a criança não poderia mesmo escolher suas características genéticas). O problema reside na *hybris* dos pais projetistas, no seu impulso de controlar o mistério do nascimento. Ainda que tal disposição não transforme os pais em tiranos em relação a seus filhos, ela desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade e do aumento de empatia humana que a abertura ao inesperado é capaz de promover.

Valorizar os filhos como dádivas ou bênçãos não é ser passivo diante da doença ou da enfermidade. Curar uma criança doente ou ferida não sobrepuja suas capacidades naturais; ao contrário, permite

De fato, contíguo ao instinto parental reside uma responsabilidade pela condução da vida dos filhos, sobretudo quando crianças. Esse encargo traduz-se no ato educacional, fundado no compromisso dos pais em formar cidadãos virtuosos, altruístas e conscientes. Entretanto, de forma alguma tal compromisso pode ser pervertido como meio de legitimação do aprimoramento gênico, eis que admitir a possibilidade moral de se predeterminar geneticamente um sujeito para que seja, por exemplo, caridoso e empático, contribuiria, ainda que de modo mais suavizado, com os intentos anti-humanitários e perversos do biopoder, centralizados na docilização e subjugação humana.

Com as intervenções na genética humana, a dominação da natureza transforma-se num ato da autodominação, que altera nossa autocompreensão ética da espécie – e que *poderia* afetar condições necessárias para uma conduta de vida autônoma e uma compreensão universalista da moral.

[...]

Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e clientes.⁴¹⁹

Adstrito à apropriação da autonomia dos filhos, por parte dos pais “projetistas”, o cerne do argumento contrário ao melhoramento genético reside, outrossim, no impulso destes por controlar “o mistério do nascimento”. E nessa senda, ao invés de proporcionar a autossuficiência e autogoverno existencial, a seleção artificial subordina o livre-arbítrio da prole ao criador – genitor.

Constrói-se, nesse sentido, uma ponte entre a forma primitiva de expressão do poder na dinâmica liberal – biopoder –, e a “nova” feição das políticas por uma demanda pela excelência – eugenia liberal.⁴²⁰ Assim, apesar da tentativa ardilosa dos partidários pró-melhoramento em equiparar o aperfeiçoamento

que elas floresçam. Embora os tratamentos médicos intervenham na natureza, eles assim o fazem em nome da saúde e, portanto, não representam uma tentativa sem limites de maestria e dominação. Nem mesmo as mais extenuantes tentativas de tratar ou curar uma doença constituem um ataque prometeico àquilo que nos é dado. O motivo disso é que a medicina é governada, ou pelo menos guiada, pelo princípio de restaurar e preservar as funções humanas naturais que constituem a saúde.” *Ibid.*, p. 38-39.

⁴¹⁹ HABERMAS, 2004, p. 66-67.

⁴²⁰ “Segundo, a nova eugenia seria voluntária, não coercitiva, e também mais humana. Em vez de segregar e eliminar os desqualificados, ela os melhoraria. “A velha eugenia teria exigido não só que se fizesse uma seleção contínua, a fim de fazer os qualificados procriarem, como também que se apartassem os desqualificados. A nova eugenia permitiria, em princípio, a conversão de todos os desqualificados para o mais alto nível genético.”

SANDEL, 2013. E-book, p. 68.

educacional às técnicas de aprimoramento genético, a fisionomia deste verdadeiramente se revela no intento de se produzir uma descendência sob encomenda.⁴²¹

Ligada a ideia de aceitação desses procedimentos biotecnológicos, advém, subliminarmente, um temor de que valores culturais e modismos estéticos fundamentem a realização do melhoramento genético, instaurando, então, uma demanda pela perfeição. Essa crítica se consubstancia no medo de que a motivação para a interferência genética se materialize na concepção de indivíduos axiologicamente – física, mental ou moralmente – compatíveis com os padrões de beleza socialmente impostos, seja por meio da cor dos olhos, dos cabelos, da pele ou altura. Assim, defende-se que

Some enhancements could have the effect of reinforcing discrimination and racism. These include the use of prenatal gene modifications by African-American parents to lighten the color of their child's skin or straighten their child's hair; by East Asians to reduce the salience of the distinctive epicanthic fold that marks the eyes in order to produce a more "Western" appearance in their child [...]. Each of these decisions has some tendency to reinforce discrimination. When black or Asian parents try to conform to white society's notions of beauty, they reinforce prejudice against dark skin and "un-round" eyes. Those who exhibit such features, or who resist changing than could find it harder to flourish in a society where these prejudices are increasingly widespread and where they are in a shrinking minority.⁴²²

⁴²¹ A fim de retratar esse cenário, elucidam-se os dizeres de Michael Sandel: “A obrigação de moldar nossos filhos, de cultivá-los e melhorá-los complica o argumento contra o melhoramento. Admiramos os pais que buscam o melhor para seus filhos, que não poupam esforços para ajudá-los a conquistar a felicidade e o sucesso. Qual é, então, a diferença entre oferecer essa ajuda por meio da educação e da disciplina e fornecê-la por meio do melhoramento genético? Alguns pais conseguem vantagens para os filhos ao matriculá-los em escolas caras, contratar professores particulares, mandá-los a acampamentos de tênis, aulas de piano, de balé, de natação, de preparação para os exames de admissão à universidade e assim por diante. Se isso é admissível, e até mesmo admirável, então por que não é igualmente admirável que os pais se valham de quaisquer tecnologias genéticas à disposição (desde que sejam seguras) para melhorar a inteligência, a habilidade musical ou a competência esportiva dos seus filhos? Os defensores do melhoramento argumentam que, em princípio, não existe diferença entre melhorar as crianças por meio da educação ou por meio da bioengenharia. Os críticos do melhoramento insistem em que tentar melhorar as crianças por meio da manipulação de sua carga genética é algo que remonta à eugenia, aquele movimento desacreditado do século passado que visava a melhorar a raça humana por meio de políticas (inclusive esterilização forçada e outras medidas hediondas) voltadas para o aprimoramento genético.”

SANDEL, 2013. E-book, p. 41.

⁴²² Tradução livre: “Algumas melhorias podem ter o efeito de reforçar a discriminação e o racismo. Isso inclui o uso de modificações genéticas pré-natais por pais afro-americanos para clarear a cor da pele de seus filhos ou alisar o cabelo de seus filhos; pelos asiáticos orientais para reduzir a saliência da distinta dobra epicântica que marca os olhos, a fim de produzir uma aparência mais "ocidental" em seus filhos [...]. Cada uma dessas decisões tem alguma tendência a reforçar a discriminação. Quando os pais negros ou asiáticos tentam se adequar às noções de beleza da sociedade branca, eles reforçam o preconceito contra a pele escura e os olhos "não redondos". Aqueles que exibem tais características, ou que resistem à mudança, podem achar mais difícil florescer em uma sociedade onde esses preconceitos são cada vez mais difundidos e onde eles estão em uma minoria cada vez menor.”

GREEN, Ronald M., **Babies by Design: The Ethics of Genetic Choice**. New Haven: Yale University

Este desempenho e demanda pela perfeição não reflete apenas em diretrizes estéticas, mas igualmente resvalam-se no domínio cognitivo. À vista disso, reaviva-se a crítica desferida quando da análise do pensamento naturalista-tomista a respeito da recorrente utilização de medicamentos estimulantes da *psique*, a exemplo da ritalina,⁴²³ por sujeitos que não possuem indicação de uso. Apesar de não concordar integralmente com aquela concepção, reconhece-se que à medida que a pressão pelo desempenho é majorada, aumenta-se a busca por tornar as crianças mais concentradas e, conseqüentemente intelectualmente mais perspicazes.

Eleva-se assim, a carga psicológica ligada a produtividade desses sujeitos: ao passo que determinado indivíduo fora modificado para apresentar maior desempenho cognitivo, despertam-se nele sentimentos de intimidação e ansiedade, amedrontado pelo receio de não conseguir lograr com as expectativas para o qual fora gerado. Logo, “quanto mais nos tornamos mestres de nossas cargas genéticas, maior o fardo que carregamos pelos talentos que temos e pelo nosso desempenho.”⁴²⁴

Receber os filhos como dádivas, sem projetá-los, enquanto obras do acaso é, *ipsis verbis*, amá-los incondicionalmente. É no fato de sujeitar o amor ao inesperado que se materializa a verdadeira ternura e, se exercita a tolerância às diferenças. Desse modo, submeter a eventual prole a técnicas de aprimoramento genético é condicionar a maternidade/paternidade apenas ao que se deseja, desvirtuando o genuíno anseio pela paternalidade.

Quando os pais se tornam, artificialmente, projetistas dos filhos, incorrem, inevitavelmente, em uma responsabilidade qualificada pela vida deles e, diante do exposto,

[...] os pais exageradamente ambiciosos tendem a perder a medida na transformação do amor, ao promover e exigir todo tipo de conquista dos filhos

Press, 2007, p. 225-226.

⁴²³ “Embora as prescrições de ritalina para crianças e adolescentes tenham disparado nos últimos anos, nem todos os seus usuários sofrem de transtorno de atenção ou hiperatividade. Os alunos, tanto do ensino médio quanto de nível universitário, descobriram que os psicoestimulantes melhoram também a concentração das pessoas saudáveis; alguns compram ou pegam emprestado a ritalina dos colegas para melhorar seu desempenho no exame de admissão à universidade ou em provas na universidade. Uma das descobertas mais desconcertantes a respeito do uso da ritalina é o aumento das prescrições médicas para crianças em idade pré-escolar. Embora o medicamento não esteja aprovado para uso em crianças menores de 6 anos, os índices de prescrição para crianças de 2 a 4 anos praticamente triplicaram de 1991 a 1995. Uma vez que a ritalina funciona tanto para propósitos medicinais quanto para propósitos não medicinais — ou seja, tanto para tratar TDAH quanto para melhorar o desempenho de jovens saudáveis em busca de uma vantagem competitiva —, ela propõe os mesmos dilemas morais suscitados por outras técnicas de melhoramento.”

SANDEL, 2013. E-book, p. 45.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 62.

em busca da perfeição. “Os pais sentem dificuldade para equilibrar os dois lados do amor”, observa May. “Aceitar o amor, sem transformá-lo, descamba para a indulgência e por fim para a negligência. Transformar o amor, sem aceitá-lo, vira um tormento e no fim termina em rejeição.”⁴²⁵

Essa rejeição promovida à luz da interferência genética nas características dos filhos desencadeia, outrossim, uma diminuição da solidariedade entre pessoas ditas “melhoradas” e aquelas portadoras de determinada patologia, pessoas com deficiência e/ou, inclusive, entre as primeiras e aquelas simplesmente “não modificadas”. A partir do instante em que os sujeitos se constituírem como entes programados e não mais obra do destino, a compaixão e o respeito para com as diferenças tornar-se-ão sentimentos cada vez mais escassos, pois o elemento que solidariza o indivíduo aprimorado para com os considerados por ele, menos afortunados é, justamente a circunstância de que ambos partilham da falta de responsabilidade para com a sua condição.

Reconhecer o aspecto de dádiva da vida é reconhecer que nossos talentos e nossas potências não são mérito unicamente nosso; não são sequer completamente nossos, apesar de todos os nossos esforços para desenvolvê-los e exercitá-los. É também reconhecer que nem tudo no mundo está aberto a qualquer tipo de uso que possamos desejar ou imaginar. A valorização do aspecto de dádiva da vida restringe o projeto prometeico e conduz a certa humildade.⁴²⁶

Por último, mas não menos relevante, releva-se a crítica orientada às técnicas de melhoramento humano e a justiça distributiva. Além das disparidades cultivadas pela artificialização da vida já evidenciadas, a discriminação e desigualdade social são efeitos reflexos de eventual adoção dessas práticas. Apesar de conferirem interpretações distintas da que será firmada no presente momento, tanto a doutrina tomista quanto a transumanista analisam a questão do alto custo para a contratação e, conseqüente execução do aprimoramento genético.

Com efeito, dada a complexidade atrelada a realização do melhoramento genético, este se mostra um procedimento de alta onerosidade. Evidente, pois, que essa técnica, caso legitimada, restaria à serviço de uma mínima parcela populacional, com capacidade econômica suficientemente hábil a financiar os diversos métodos associados e pertinentes à ingerência genética, a exemplo da

⁴²⁵ SANDEL, 2013. E-book, p. 40.

⁴²⁶ Ibid., p. 27.

fertilização *in vitro*, diagnóstico genético pré-implantacional, seleção embrionária e outros.

Em contrapartida, a cota-parte da população economicamente hipossuficiente, constituidora da grande maioria da comunidade, não apenas seria privada da consecução dessas modificações genéticas com fins de melhoramento, mas ainda teriam que competir com essas “super-humanos”, em uma sistemática que já era, por sua própria natureza, insidiosa e desleal.

Além de considerar os sujeitos que, eventualmente estariam distantes da adoção do aprimoramento genético, exclusivamente em razão da ausência de capital para financiá-la, há que se considerar aqueles cuja abstenção seja voluntariamente planejada, pela livre escolha dos pais. Dessa forma, a multidimensionalidade populacional poderia ser, abstratamente, reduzida a três segmentos, quais sejam: *i)* sujeitos produtos de *design* genético; *ii)* indivíduos naturalmente concebidos por escassez de recursos financeiros dos pais e, *iii)* pessoas naturalmente concebidas no âmbito da autonomia decisória dos genitores.

A transgressão da persistência e do esforço seria transposta, dentre outras categorias sociais, também, ao mercado de trabalho. A competitividade laboral tornar-se-ia ainda mais parcial, porquanto o pressuposto de iguais disputarem entre si determinado cargo ou ocupação constituiria realidade cada vez mais exígua, alimentando progressivamente o abismo já presente entre os sujeitos. Em outras palavras:

Se a engenharia genética nos permitisse sobrepujar os resultados da loteria genética e substituir o acaso pela escolha, o caráter de dádiva das potências e das conquistas humanas desapareceria — e com ele, talvez, nossa capacidade de nos ver como pessoas que compartilham um destino comum. Seria ainda mais provável do que é hoje que os bem-sucedidos se vissem como pessoas *self-made* e autossuficientes e, por conseguinte, completamente responsáveis pelo próprio sucesso. Os que estão nas camadas mais baixas da sociedade seriam vistos não como em desvantagem, e por isso dignos de alguma forma de compensação, mas simplesmente como desqualificados e, portanto, dignos de consertos eugênicos. A meritocracia, menos moderada pelo acaso, ficaria mais inflexível e menos tolerante. À medida que o perfeito conhecimento genético extinguisse o simulacro de solidariedade que existe nos mercados de seguros, o perfeito controle genético corroeria a verdadeira solidariedade que surge quando homens e mulheres refletem sobre a contingência de seus talentos e de sua sorte.⁴²⁷

⁴²⁷ SANDEL, 2013. E-book, p. 65-66.

Por todo exposto, configura-se, deveras, tentadora a hipótese de projetar seres humanos para o sucesso, por intermédio da bioengenharia. Ademais, é certo o desejo para que esse aprimoramento seja considerado um exercício de liberdade em uma sociedade competitiva. Contudo, não se pode deixar levar por essas aspirações adulteradas. Modificar a natureza humana a fim de promover o enquadramento dos indivíduos no mundo e, não o inverso, “é, na verdade, a forma mais profunda de enfraquecimento da autonomia”, de tal sorte que no lugar de aproveitar os conhecimentos genéticos para padronizar a humanidade, dever-se-ia concentrar esse entusiasmo “para criar arranjos políticos e sociais mais tolerantes com as dádivas e limitações dos seres humanos imperfeitos.”⁴²⁸

Suscintamente, a título de resposta às indagações habermasianas que embasaram a composição desta linha argumentativa contrária ao melhoramento genético, traçam-se três níveis generalizados e extensivos, com base nos quais reпреende-se moralmente a execução de uma eugenia positiva e, conseqüentemente a prática de uma eugenia dita liberal:

No primeiro nível, a eugenia positiva é moralmente problemática porque o programador genético trata a pessoa como se fosse um objeto e não como um ser dotado de autonomia individual. No segundo nível a eugenia positiva tem efeitos sobre a autopercepção subjetiva da pessoa geneticamente manipulada, a qual vai se perceber como incapaz de adotar ou incorporar as intenções alheias como suas próprias. No terceiro, a eugenia positiva implica o abandono da moralidade tal como nós a entendemos atualmente: a prática eugênica atenta contra os pressupostos ou contra a nossa autocompreensão normativa enquanto seres morais dotados de responsabilidade, liberdade, igualdade e autonomia.⁴²⁹

Por todo exposto e, dada a construção desse raciocínio moral favorável à ingerência genética com vistas à preservação da saúde, entretanto avesso a qualquer outra prática externa a esta finalidade, a exemplo do aprimoramento humano e da seleção embrionária para eleição de sexo, ou características estéticas, traça-se, não apenas balizas bioéticas e biojurídicas ao desenvolvimento da bioengenharia, mas, preenche-se a abstratividade da liberdade contratual no âmbito dos negócios biojurídicos.

Em virtude das práticas de manipulação genética comporem-se fatos

⁴²⁸ SANDEL, 2013. E-book, p. 67.

⁴²⁹ FELDHAUS, Charles. **Natureza humana, liberdade e justiça**: Um estudo a respeito da posição de Habermas acerca da biotécnica. Curitiba: Editora CRV, 2011, p. 44.

sociais, executados na esfera dos privados, de extrema relevância para o mundo do direito, coerente se torna a sua regulamentação e disciplina por parte do ordenamento jurídico pós-moderno.

E por assim dispor, nota-se estreita relação entre a análise moral das técnicas de engenharia genética e o domínio da liberdade contratual, porquanto é com base na (i)legitimação moral desses métodos que se torna possível estabelecer quais desses procedimentos genéticos estariam aptos a figurarem como objeto existencial, no contexto do conteúdo negocial. Isto é, quais dessas técnicas poderiam ser contratadas, no âmbito da autonomia reprodutiva.

Nesse íterim, partindo da construção civilística clássica de direito subjetivo até a concepção negocial pós-moderna à luz do arcabouço valorativo da situação jurídica subjetiva – capítulo II –, perpassando pela conjuntura do biopoder na seara do progresso científico e da hermenêutica liberal da eugenia – capítulo III –, confere-se juízo de valor específico não apenas à dimensão genérica da liberdade contratual, mas, também, ao seu núcleo pétreo, em conformação com a ordem contemporânea.

Considerando a natureza existencial dos interesses discutidos, essa liberdade/autonomia supera o seu sentido tradicional, de modo que a ela se agrega a qualificação “relacional”. Assim, edifica-se significado ao conteúdo mínimo da liberdade contratual, isto é, ao espaço no qual os sujeitos, apesar de livres, não podem irrestritamente decidir.

Como visto, a dignidade da pessoa humana compõe esse conteúdo mínimo e, no domínio das técnicas de manipulação genética, apenas as práticas de interferência genômica afetas à garantia da saúde conformam-se com essa valoração, ao passo que as demais técnicas, a exemplo do aprimoramento genético, esbarram no substrato da integridade psicofísica, não se harmonizando, por conseguinte, nem com a permissão moral, tampouco com a legitimidade jurídica.

5 CONCLUSÃO

À vista da historicidade do direito, mister pontuar que dentre as subjetivações do fenômeno jurídico, a tríade *sujeito de direito*, *direito subjetivo* e *relação jurídica* não despontou como juízo neutro, mas fora formulada dentro das convicções da época moderna, de inequívocas bases individualistas, voluntaristas e abstratas, pensadas exclusivamente para a tutela de direitos patrimoniais. Assim, como quebra de uma conjuntura absolutista, em que os indivíduos se subordinavam ao poderio irrestrito do soberano, o triângulo da modernidade jurídica teve como principal ato a constituição de categoriais ideais, erigidas em um contexto de resistência ao absolutismo e emergência burguesa.

Nessa ocasião de progresso humano, a sociedade fora apresentada a uma série de novas demandas, relações intersubjetivas foram se desenvolvendo no plano das chamadas *dobras do direito*, de tal sorte que a subsunção que até então se fazia absoluta, vê-se exaurida diante do acontecimento de fatos que, apesar de produzirem efeitos jurídicos, não possuíam correspondente previsão em *fattispecie*.

Outrossim, diante da repersonalização do direito privado, entretanto, as demandas sociais viram-se diversas, elevando-se a necessidade da proteção da pessoa *in concreto*, em detrimento da salvaguarda alcançada com o abstracionismo de outrora: a ideia formal de sujeito de direito que reduzia o indivíduo a um complexo de normas fora sucedida pelo próprio ser humano, compreendido em sua plenitude.

Com efeito, especialmente no cenário dinâmico fomentado pela biotecnologia, o engessamento provocado pela dependência do direito subjetivo à previsão normativa, somada à concepção da Dignidade da Pessoa Humana configuraram pontos de crise da subjetivação do direito subjetivo, dando azo ao surgimento de novas categoriais: a tutela *in concreto* da pessoa a partir das situações jurídicas subjetivas.

Nessa lógica, insere-se no campo privado o respectivo desenvolvimento do plano negocial em consonância às alterações da própria estrutura social. De um negócio jurídico unicamente patrimonial, fundado sob bases liberais e calcado na máxima autonomia – da vontade –, associa-se a solidariedade, erigindo o dirigismo econômico e jurídico, típico da autonomia privada. Passa-se do sujeito abstrato à pessoa *in concreto*, espelhando as particularidades humanas como atributos que paradoxalmente identificam e distinguem os sujeitos, estes associados

na ânsia por abrigarem situações jurídicas subjetivas, sobretudo existenciais.

Contudo, essa transição não é suficiente para traduzir os desígnios contemporâneos, de modo que a pós-modernidade se mostra embebida por uma onda de “despositivações”, a fim de abranger interesses de ordem existencial, como aqueles transcritos pelos avanços da medicina. Aos negócios jurídicos passa a admitir-se a proteção de interesses extrapatrimoniais, ao passo que a autonomia, então privada, converte-se em autodeterminação.

Ante a esse cenário jurídico-negocial, fundamental se faz a compreensão das bases políticas do biopoder, conjuntura que apesar de iniciada no Estado Liberal, perdura com algumas ressalvas até os tempos atuais, sobretudo dada a sua vinculação direta com o que se conhece, hoje, por *eugenia liberal*. Com a substituição do poder de promover a morte pelo poder de impulsionar a vida, ante a ordem jurídica instaurada a partir da Dignidade da Pessoa Humana, traçaram-se balizas à essa ingerência na existencialidade dos jurisdicionados, descritas a partir da Bioética e do Biodireito.

Fundado no aparato valorativo de ambas as disciplinas, descreve-se o potencial científico por meio das técnicas preditivas de aconselhamento, diagnóstico e terapia, evidenciando o progresso médico dada a segregação entre fertilidade e reprodução. Assim, uma vez compreendida as dimensões desses procedimentos, introduz-se os limites normativos e deontológicos das práticas de manipulação genética.

Verifica-se, nesse sentido, que a compreensão de negócios biojurídicos fora oportunizada pelo incremento da categoria de situações jurídicas subjetivas, especialmente interpretada no contexto pós-moderno da autodeterminação. Isto posto, a liberdade negocial de eleger o conteúdo das pactuações dos privados não se perfaz mais irrestrita como no passado, mas converge, relacionadamente, para um conteúdo mínimo, no qual o desejo dos sujeitos não pode alcançar: a esfera da Dignidade da Pessoa Humana.

Por efeito, constrói-se, primordialmente, a partir dos escritos de São Tomás de Aquino e Christopher Tollefsen um aporte crítico, avesso a toda e qualquer forma de ingerência genética. Valendo-se da terminologia *natureza humana*, os entusiastas dessa concepção filosófica idealizam a proteção do valor da pessoa humana por intermédio de uma interpretação avessa à reprodução assistida e à engenharia genética, enquanto práticas operacionais de risco à própria humanidade.

Nessa senda, é na imoralidade de tais métodos, que se justificam as argumentações tomistas estruturadas em prol da razão lógica de desaprovação e recusa dessas tecnologias, quais sejam: *i)* prejuízo às interações humanas coletivas; *ii)* ameaça à natureza humana prática; *iii)* ausência de consentimento e vontade livre e, especialmente, *iv)* instrumentalização da pessoa, ainda que na sua condição embrionária.

Por um viés contraposto, partindo do pensamento transumanista, dentre outros, de Ronald Dworkin, Robert Nozick, Julian Savulescu e Guy Kahane, demonstra-se a tendência liberal pelo abandono da clássica concepção naturalista, em detrimento de uma validação moral ao aprimoramento humano. Desse modo, constrói-se um arrazoado favorável à ingerência genética como um todo, abrangendo, por conseguinte, tanto as práticas terapêuticas quanto as condutas de aprimoramento.

Nesse diapasão, flexibiliza-se, igualmente, o âmbito da liberdade contratual, de tal sorte que os sujeitos, à luz dos negócios biojurídicos, poderiam pactuar entre si, a realização de técnicas de manipulação genética, sejam curativas ou não. Isto posto, no substrato dessa corrente, a utilização dessas práticas torna-se mais do que técnica e cientificamente possível, mas aconselhável a partir da ótica moral, justificando-se, axiológica e extensivamente, na *i)* autonomia procriativa; *ii)* beneficência reprodutiva; *iii)* valoração não posicional; *ii)* manutenção da autonomia existencial.

Considerando esses contrapontos, estrutura-se, por fim, uma justificação filosófica acerca da prática da bioengenharia, aproveitando-se da teoria bioconservadora de Jürgen Habermas e Michael Sandel, a fim de defender a utilização da ingerência genômica com a finalidade exclusiva de proteção e fomento à saúde, condenando, conseqüentemente, a utilização da seleção embrionária para fins diversos, seja no âmbito do aprimoramento humano, seja no domínio da eleição de sexo e/ou características estéticas.

Essa conclusão se perfaz, distanciando-se da corrente tomista, eis que a intangibilidade embrionária defendida por estes passa a ser contraditada pela própria vivência contemporânea, sobretudo no âmbito da genética e da experimentação humana. Logo, tal conjuntura adstrita à necessidade de uma intersubjetividade comunicativa do indivíduo, permitindo com que este, pertencente a um corpo coletivo, constitua sua autocompreensão, torna não só plausível como compulsório o uso da manipulação genética.

No mais, estruturam-se, outrossim, distinções para com o pensamento transumanista, repudiando os meios de interferência genômica para fins de aprimoramento e/ou eleição de características físicas. A adoção dessas técnicas violaria não apenas a autocompreensão do indivíduo manipulado, mas promoveria um desvirtuamento do próprio dever parental de proteção, aplicando-se uma visão plenamente utilitarista de projeção/execução, na qual a pretexto de fazer valer a liberdade, tornaria os sujeitos docilizados, como instrumentos de um biopoder. Não bastasse, o modismo estético e as desigualdades aderem-se aos argumentos anteriores, em desfavor a realização de técnicas que não tenham por fito a saúde.

Por todo apresentado, finaliza-se o estudo com a compreensão de que a racionalidade construída para validar moralmente as práticas de manipulação genética vinculam-se diretamente às balizas da liberdade contratual – o que eu posso contratar – em tempos pós-modernos. Na esfera dos avanços da bioengenharia as limitações às técnicas preditivas genéticas harmonizam-se com os postulados da Dignidade da Pessoa Humana, entendidos à luz da ordem constitucional, de tal sorte que os procedimentos de melhoramento genético seriam vedados, ainda que pudessem ser partilhados por todos – igualdade –, dado o seu potencial de restringir a humanidade a uma máquina da “perfeição”, trazendo prejuízos tanto à sociedade – solidariedade –, quanto ao próprio indivíduo – integridade psicofísica.

Outrossim, ainda que com propósito terapêutico e curativo, a ingerência em células germinativas, ante a sua irrestrita aptidão diferenciadora, não se mostra admissível. O respeito para com a diversidade da condição humana não suporta os riscos exponenciais de modificações desconhecidas nas gerações futuras, esbarrando, igual e especialmente, nos postulados da integridade psicofísica e solidariedade, para barrar a liberdade de contratar nesses termos.

Em conclusão, solve-se a problemática afeta a esse estudo, concebendo-se que ainda que inserido no domínio de um biopoder, a Dignidade da Pessoa Humana atua como conteúdo mínimo da liberdade contratual na contemporaneidade, princípio negocial clássico que deve ser traduzido em seu âmbito relacional, a fim de ditar o conteúdo das pactuações biojurídicas, com vistas à tutela do valor intrínseco da pessoa *in concreto*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. Biomedicine and international human rights law: in search of a global consensus. **Bulletin of the World Health Organization**, 80(12), 959–963, 2002. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/is_digital/is_0303/pdfs/IS23\(3\)062.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/is_digital/is_0303/pdfs/IS23(3)062.pdf). Acesso em: 15 nov. 2022.

ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Vitor. O alcance da proteção do nascituro no direito brasileiro em face da revolução biotecnológica. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Justiça contratual: as transformações da teoria do contrato e uma reflexão à luz do pensamento de John Rawls. *In*: WEBER, Thadeu MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer (coord.). **Princípios fundamentais de justiça**. Curitiba: Juruá, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Fragmentos da Autonomia e respeito à Pessoa: um referencial de múltiplas fontes. *In*: ARAÚJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do (org.). **Estudos em Direito Negocial: relações privadas e direitos humanos**. 1.ed. Birigui: Boreal, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Fenomenologia jurídica e a intrínseca correlação com as situações jurídicas existenciais na conformação dos novos danos. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**, v. 2, n. 1., p. 195-210, jan./jun.2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/584>. Acesso em: 20 set. 2022.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Francisco. O direito civil no paradigma da complexidade. **Revista brasileira de direito comparado**, p. 67-79, 1996. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20\(5\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20(5).pdf). Acesso em: 27 set. 2022.

AMARAL; Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v.21, n.2, p.262-297, jul/2017.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica: sujeitos e objeto**. Coimbra: Almedina, 1992a.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica: facto**

jurídico, em especial Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 1992b, v.II.

AQUINO, São Tomás de. **Summa Theologiae**. Oxford: England, 1984, Ia 76.3. Disponível em: <https://www.newadvent.org/summa/1076.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022.

AQUINO, São Tomás. **Summa contra Gentiles**, 1284, Lib II, ch. 69, n. 2. Disponível em: <https://www.corpusthomisticum.org/scg2056.html>. Acesso em: 19 nov. 2022.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica: tratado de justiça – II. Seção da parte II – Questões**. Portugal: Resjuridica, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição Bilingue. Veja, 1998.

ASHTON-PROLLA, Patrícia; GIUGLIANI, Roberto. Aconselhamento genético na era genômica. In: MIR, Luís. **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004.

AYUB, João Paulo. **Introdução à analítica do poder de Michael Foucault**. São Paulo: Intermeios, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAIGET BASTÚS, Montserrat. El diagnóstico molecular de las enfermedades hereditarias: su utilidad en el consejo genético. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Genética Humana**. Bilbao: Fundación BBV, 1995.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, 2019, v. 271.

BARBOZA, Heloisa Helena. A proteção da Pessoa Humana no limiar do século XXI: O florescer da Biopolítica. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vítor (coord.). **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BATISTA, Flávio Roberto. O conceito de direito de Francisco Suárez e o surgimento da noção de direito subjetivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.103, p. 711-733, jan./dez. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/asus/Downloads/67826-Texto%20do%20artigo-89257-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERTOLINI, Jeferson. O conceito de biopoder em Foucault: apontamentos bibliográficos. **Saberes: Revista interdisciplinar de Filosofia e Educação**, Ponta

Grossa, v. 18, n. 3, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/15937>. Acesso em: 28 out. 2022.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de: Fernando Miranda. Coimbra: 1969, t.1.

BIRMAN, Joel. Arquivo da biopolítica. *In*: LOYOLA, Maria Andréa (org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, v.93, p. 339-359, jan./1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>. Acesso em: 10 set. 2022.

BOORSE, Christopher. Health as a Theoretical Concept. **Philosophy of Science**. University of Delaware, 44, pp. 542-573. 1977. Disponível em: https://bioetyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/10/06_BoorseHealthConcept.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

BOSTROM, Nick; ROACHE, Rebecca. Ethical Issues in Human Enhancement. **New Waves in Applied Ethics**, Pelgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <https://nickbostrom.com/ethics/human-enhancement.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BOSTROM, Nick; SANDBERG, Anders. Cognitive enhancement - Methods, Ethics, Regulatory Challenges. **Science and Engineering Ethics**, 15, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/asus/Downloads/download.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BOYLE, Joseph. Natural law and global ethics. *In*: CHERRY, Mark J. (editor). **Natural law and the possibility of a global ethics**, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.

BRAIDOTTI, Rosi. Posthuman Humanities. **European Educational Research Journal**, v.12, n.1/2013. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.2304/eerj.2013.12.1.1>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...]. Diário Oficial da União: Brasília, 06 de jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-

1994/d0592.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo primeiro do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...]. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 24 de mar. de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 4 de fev. de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BROEKMAN, Jan M. **Bioética con rasgos jurídicos.** Tradução de Hans Lindhl. Madri: Dilex, 1998.

CAENEGEM, Raoul C. von. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Tradução de: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito nos contratos de consumo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). **Derecho biomédico y bioética.** Granada: Editorial COMARES, 1998.

CASTILHO, Maicon; ESPOLADOR, Rita de Cassia Resquetti Tarifa. Os limites e conformações da engenharia genética: uma análise com fundamento na teoria crítica. *In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org.). **Direito & Teoria Crítica: Reflexões contemporâneas.** 1.ed. Birigui: Boreal, 2015.*

CASTRO, Edgardo. **Introdução à Foucault.** Tradução de: Beatriz de Almeida Magalhães. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. E-book.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica no direito privado nacional: Estrutura, causa e título legitimário do sujeito.** São Paulo: Saraiva, 1985.

CHERRY, Mark J. The Normativity of the Natural: Can Philosophers Pull Morality Out of the Magic Hat of Human Nature? *In: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing.** Austin: Springer, 2009, v. 16.*

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.** 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 30 out. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 30 out. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 30 out. 2022.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *In*: MONTEIRO, João Paulo e ou. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DANTAS, Ivo. Constituição e Bioética (Breves e curtas notas). *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

DELGADO RUBIO, Alfonso. Aspectos clínicos del consejo genético. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Genética Humana**. Bilbao: Fundación BBV, 1995.

DIGESTO DE JUSTINIANO. **Liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de: Hécio Maciel França Madeira. 3.ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONAHUE JUNIOR, Charles. Ius in the subjective sense in Roman law. Reflections on Villey and Tierney. *In*: MAFFEI, Domenico et.al. **A Ennio Cortese**. Rome: Il Cogno Edizioni, 2001, t.1.

DUARTE, André. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. **Revista Cinética**, 1 (1), 1-16, 2008. Disponível em: http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de: Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, León. **Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat**. Paris: Félix Alcan, 1911.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

EBERL, Jason T. Aquinas on the nature of human beings. **Review of Methaphysics**. v. 58, 2004.

EBERL, Jason T. **Thomistic Principles and Bioethics**. New York: Routedge, 2017.

ERICKSON, Stephen A. Reflections on Secular Foundationalism and Our Human Future. *In*: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing**. Austin: Springer, 2009, v. 16.

ESPOSITO, Roberto. **Bios: Biopolítica e Filosofia**. Tradução de: M. Freitas da Costa. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research**. 1978. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>. Acesso em: 21 out. 2022.

ESTEVES, Rafael. **Relações e situações jurídicas existenciais no Direito Civil contemporâneo**. Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. 2010. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9520>. Acesso em: 10 set. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FELDHAUS, Charles. **Natureza humana, liberdade e justiça: Um estudo a respeito da posição de Habermas acerca da biotécnica**. Curitiba: Editora CRV, 2011.

FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAIANO, Daniela Braga. Autonomia dos pacientes com transtorno mental à luz dos negócios jurídicos. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v.7, n.1, p.77-97, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/7905/pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de: Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial REVISTA DE Derecho Privado, 1969.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de: Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhon Albuquerque. 22.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. O nascimento da medicina social. *In*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: Editora UFSC, 2012.

GALLEGO, Elio A. **Tradición jurídica y derecho subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1996.

GARRIDO, Gloria Maria Tomás y. **Cuestiones Actuales de Bioética**. 2.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2011.

GLOVER, Jonathan. Some uses of Genetic Engineering/ *In*: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (editors). **Bioethics: an anthology**. 2.ed. Oxford: Blackwell, 2006.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, 26 (2), p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. 1998. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm>. Acesso em: 24 nov. 2022.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 5, jun./2011, p.9-42. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952>. Acesso em: 20 set. 2022.

GRACIA, Diego. **Fundamentación y enseñanza de la bioética: ética y gestión del cuerpo**. Los juicios morales. La verdad moral en una sociedad pluralista. La ética médica y su enseñanza. 3.ed. Buenos Aires: Astrea, 2021.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: São Camilo: Loyola, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v.77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 30 set. 2022.

GREEN, Ronald M., **Babies by Design: The Ethics of Genetic Choice**. New Haven: Yale University Press, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

HECK, José. **Bioética: autopreservação, enigmas e responsabilidade**. Florianópolis: Editora UFSC, 2011.

HURTADO, Avelino Leon. **La voluntad y la capacidade em los actos jurídicos**. 3.ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979.

JAHN, Paul Max Fritz. **Bioética**: um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas. Tradução de: Carlos Roberto Fernandes. Disponível em: <https://static.recantodasletras.com.br/arquivos/1760288.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os Pensadores. 2.ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilística**, v.6, n.1, p.1-22, ago./2017.

LEE, Patrick. Human Nature and Moral Goodness. *In*: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural**: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing. Austin: Springer, 2009, v. 16.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, George Salomão. Ensaio sobre Bioética Constitucional. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

LIMA, Alvino. **Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito**. Lecture: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1939. Disponível em: <file:///C:/Users/asus/Downloads/65899-Texto%20do%20artigo-87273-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

LIMA, Caroline M. Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. Os contratos existenciais e os contratos de lucro: aplicabilidade à luz dos princípios contratuais. *In*: ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho (org.). **Direito contratual contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas – el caso del Código Civil y

Comercial de la Nación Argentina. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o Futuro da Natureza Humana: Leituras de um Jurista. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significações e contradições. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. Universidade de São Paulo, 14 (2), p. 251-258, março/abr., 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rlae/article/view/2289/2418>. Acesso em: 24 nov. 2022.

MAIA, João Jerônimo Machadinha. **Transumanismo e pós-humanismo – descodificação política de uma problemática contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado em Estudos Contemporâneos) – Instituto de Investigação Interdisciplinar, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4.ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MARCHIONNI, Antônio. **Ética: A Arte do Bom**. Petrópolis: Vozes, 2008.

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: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade social entre *Cosmos* e *Taxis*: a Boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas**. Curitiba: Genesis, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, I parte. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

MILL, John Stuart. **Da liberdade**. Tradução de: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do direito privado**. Belo

Horizonte: Del Rey, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma leitura Civil-constitucional dos Danos Morais. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORIN, Gaston. **La revolte du Droit contre le code**. Paris: Sirey, 1945.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética**: para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004.

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

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1974.

OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. Aperfeiçoamento (enhancement) Moral: Considerações Éticas. *In*: NAHRA, Cinara; OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de (org). **Aperfeiçoamento Moral**. Natal: Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Garcia de. **Diferença entre fertilidade, infertilidade e esterilidade**. 2020, FGO Clínica de Fertilidade. Disponível em: <https://clinicafgo.com.br/noticias/diferenca-entre-fertilidade-infertilidade-e-esterilidade/>. Acesso em: 20 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. 1975. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec75.htm>. Acesso em 30 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO**. 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da UNESCO**. 1997. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.19, n.1, p. 32-49, mar./jun. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148123/141735>. Acesso em: 19 nov. 2022.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; WALLAUER, Rafaela Jardim Soto. A natureza jurídica da doação compartilhada de oócitos em técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERSSON, Ingmar; SAVULESCU, Julian. Unfit for the Future? Human Nature, Scientific Progress, and the Need for Moral Enhancement. *In*: SAVULESCU, Julian; MEULEN, Ruud ter; KAHANE, Guy (editors). **Enhancing Human Capacities**. Oxford: Blackwell, 2011.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais da bioética**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1994.

PETTIT, Philip. Liberalismo y republicanismo. *In*: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). **Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad**. Barcelona: Paidós, 2004.

PIMENTA, Melissa Cunha. A função social do contrato. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, 6 (2), 2011. Disponível em: <https://ken.pucsp.br/red/article/view/734/517>. Acesso em: 16 ago. 2022.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINZANI, Alessandro. O natural e o artificial: argumentos morais e políticos contra a eugenia positiva seguindo Habermas e Foucault. **Ethic@**, Florianópolis, v.4, n.3, p. 361-377, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/20245/25435>. Acesso em: 24 nov. 2022.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: Fundamentos das Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Juruá, 2015.

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? – a insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: A. Amado, 1961, v.2.

RAMOS, Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, v. 34, n.1, p.43-66, 2011.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: patrística e escolástica**. Tradução de: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, v.2.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. Coimbra: Coimbra Editores, 2008.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

RESNIK, David B. The Moral Significance of the Therapy-Enhancement Distinction in Human Genetics. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, 9, p. 365-377, 2000. Disponível em: <file:///C:/Users/asus/Downloads/Resnik-therapyenhancement20morality.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

REVEL, Judith. Nas origens do biopolítico: de Vigiar e Punir ao pensamento da atualidade. *In*: GONDRA, José; KOHAN, Walter Omar (org.). **Foucault 80 anos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto ala persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 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, a.41, n.163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 set. 2022.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica del genoma humano en el Derecho Internacional: El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Genética y derecho**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, v. 36.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1947.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Orientador: Luiz Edson Fachin. 2009. 395f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) –

Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/?sequence=1>. Acesso em: 30 set. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5.ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. Responsabilidade civil e reprodução humana assistida: a (in)aplicabilidade das ações de *wrongful conception* ou *pregnancy birth* nos tribunais brasileiros. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020.

SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição: Ética na era da engenharia genética**. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. E-book.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de: Manuel de Alarcão. 8.ed. Coimbra: Atlântica, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. **Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea - UFRJ**. Rio de Janeiro, p. 1-13, ago. 2015. Disponível em: http://dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociologia jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2009.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O Direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SAVIGNY, Carl Frederich. **Sistema de derecho romano actual**. Tradução de: Jacinto Mecia e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878, t.1.

SAVULESCU, Julian; KAHANE, Guy. The moral obligation to create children with the best chance of the best life. **Bioethics**, v.23, n.5, p. 274-290, jun./2009. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19076124/#:~:text=According%20to%20what%20we%20call,enjoy%20the%20most%20well%2Dbeing>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B., BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. **Larsen Embriologia Humana**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2016. E-book.

SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del Derecho**. Barcelona, 1986.

SOUZA, Laís Sirtoli. **Sobre a permissão moral das técnicas de melhoramento humano na seleção de embriões**. Orientadora: Milene C. Tonetto. 2015. 113f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos.

Civilística, a.4, n.1, 2015. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://civilistica.com/situacoesjuridicas-subjetivas-aspectos-controversos>. Acesso em: 23 set. 2022.

STIGLITZ, Rúben. S.; STIGLITZ, Gabriel. **Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

SUARÉZ, Francisco. **Tratado de las leyes y de Dios legislador**. Tradução de: José Ramón Eguillor Muniozguren. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fonte normativa e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2022. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOLLEFSEN, Christopher. Human Nature and Its Limits. *In*: CHERRY, Mark J. (editor). **The Normativity of the Natural: Human Goods, Human Virtues, and Human Flourishing**. Austin: Springer, 2009, v. 16.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; MARCHI, Maria Áurea Hebling. Biodireito, Biotecnologia e Bioética: um caminho comum. *In*: SCALQUETTE, Ana Cláudia S; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.). SILVA, Anna Paula Soares da; BERGSTEIN, Gilberto (org.). **Biotecnologia, Biodireito e Saúde: novas fronteiras da ciência jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019, v.2.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de: Claudia Berliner. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. La gènese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. **Archives Philosophie du Droit**. Paris: PUF, 1964, v.1.

WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. s/d. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/infertility#tab=tab_1. Acesso em: 20 out. 2022.