



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IURY CARVALHO RAMOS**

**BIODIREITO, REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA  
E DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO:  
UMA CRÍTICA AO PRÉ-REQUISITO DA GRATUIDADE**

Salvador  
2017

**IURY CARVALHO RAMOS**

**BIODIREITO, REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA  
E DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO:  
UMA CRÍTICA AO PRÉ-REQUISITO DA GRATUIDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação  
em Direito da Faculdade Baiana de Direito,  
como requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Salvador  
2017

**TERMO DE APROVAÇÃO****IURY CARVALHO RAMOS****BIODIREITO, REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA  
E DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO:  
UMA CRÍTICA AO PRÉ-REQUISITO DA GRATUIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017

*“Essa noite é aqui que eu vou ficar  
E fazer o que eu quiser.  
Já enchi minha taça, vou me jogar,  
Topo tudo que vier.  
Esse som que estremece, faz enlouquecer,  
Vira a cabeça. Ah!  
Hoje eu vou até o fim pra me divertir.  
A festa já vai começar.  
Aumenta o som que eu vou dançar!”*  
(Erikka Supernova, Aumenta o som que eu vou  
dançar, de Erikka Rodrigues e Rique Azevedo)

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso cuida tratar da problemática que rodeia a precariedade do regimento jurídico para a reprodução humana artificial heteróloga dentro do ordenamento brasileiro.

Diante dessa ausência de normas regulamentadoras, uma das questões emergente é a que atinge o pré-requisito da gratuidade exigido na cessão de óvulos e espermatozoides.

Assim, em função do tema de pesquisa proposto, busca-se esclarecer conceitos pertinentes à bioética e ao biodireito, trazendo os princípios que norteiam tais disciplinas, e os que envolvem a procriação assistida.

Analisa-se, outrossim, o papel do direito enquanto objeto cultural que se reflete na atuação do Estado que deve emitir normas munidas de respaldo social, compreender e organizar as práticas vivenciadas, respeitando as liberdades individuais e a autonomia existencial da pessoa humana enquanto fator integrante para a composição da sua própria dignidade, o que envolve, também, a disponibilidade dos direitos de personalidade, abrindo espaço, então, para a salvaguarda da cessão onerosa dos gametas reprodutivos dos seres humanos.

Em tal intento, buscou-se trazer um olhar crítico da realidade vivenciada nas clínicas especializadas em reprodução humana, dada a análise dessa conjuntura fática, relacionou-a a escassez de normas jurídicas sobre o tema, frisando-se o aumento da demanda na procura por métodos artificiais de reprodução e a premente necessidade de uma regulamentação coesa ao sistema normativo brasileiro, mas, principalmente, atinente às diligências perquiridas pela sociedade. Concluindo-se pela possibilidade de uma normatização inclinada para que aquela cessão possa ser onerosa e consubstanciada no espectro já fornecido pelo sistema à disponibilidade de expressões da personalidade humana, baseando-se, assim, na disponibilidade do próprio corpo e limitado pela proteção à integridade física.

**Palavras-chave:** biodireito; autonomia privada; liberdades individuais; disponibilidade de direitos de personalidade; reprodução artificial heteróloga; pré-requisito da gratuidade; doação de gametas.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
art.	artigo
CC	Código Civil de 2002
CF	Constituição Federal da República de 1988
<i>Cf</i>	Confira, confronto
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho de Justiça Federal
Coord. (s)	Coordenador (es)
CP	Código Penal
ed.	edição
FIV	fertilização <i>in vitro</i>
n.	número
Org. (s)	organizador (es)
p.	página
RA	reprodução humana artificial
t.	tomo
vol.	volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 DA BIOÉTICA AO BIODIREITO.....</b>	<b>13</b>
2.1 A BIOÉTICA.....	13
2.2 O BIODIREITO.....	15
2.3 O PRINCIPALISMO NA BIOÉTICA.....	17
<b>2.3.1 O princípio do respeito à autonomia.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3.2 O princípio da não maleficência.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3.3 O princípio da beneficência.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.4 O princípio da justiça.....</b>	<b>27</b>
2.4 OS PRINCIPAIS PARADIGMAS TEÓRICOS DA BIOÉTICA.....	28
2.5 OS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO.....	33
<b>3 A AUTONOMIA E O ESTADO.....</b>	<b>39</b>
3.1 AUTONOMIA E DIGNIDADE.....	41
3.2 A AUTONOMIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	43
<b>3.2.1 Autorregramento da vontade, boa-fé e função social: principiologia.....</b>	<b>43</b>
3.2.1.1 A autonomia aplicada aos contratos.....	45
3.2.1.2 Boa-fé objetiva e função social dos contratos.....	46
<b>3.2.2 O reconhecimento da autonomia privada.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.3 Objetos de direito e as expressões da personalidade.....</b>	<b>52</b>
3.2.3.1 Bens de personalidade como bens jurídicos.....	53
3.2.3.2 A disponibilidade nos direitos da personalidade.....	55
3.3 ESTADO, DIREITO E EFICÁCIA.....	59
<b>4 A REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL (RA) .....</b>	<b>64</b>
4.1 A EVOLUÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA: NOVOS MODELOS DE PARENTALIDADE E FILIAÇÃO.....	64
4.2 A PROcriação ARTIFICIAL.....	67
<b>4.2.1 Inseminação artificial.....</b>	<b>68</b>

<b>4.2.2 Fertilização <i>in vitro</i>.....</b>	<b>69</b>
4.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	70
4.4 CONTEXTUALIZAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO HETERÓLOGO DA “RA” À REALIDADE SOCIOCULTURAL HODIERNA.....	71
<b>5 O PRÉ-REQUISITO DA GRATUIDADE NA “RA” HETERÓLOGA.....</b>	<b>75</b>
5.1 O PANORAMA GERAL NO REGRAMENTO DA “RA” HETERÓLOGA.....	75
<b>5.1.1 Eficácia das normas regulamentadoras da RA heteróloga.....</b>	<b>78</b>
<b>5.1.2 A crítica ao pré-requisito da gratuidade.....</b>	<b>81</b>
5.2 O CARÁTER EXISTENCIAL DOS BENS DE PERSONALIDADE E A DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO.....	86
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>95</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É o século XXI, ano 2017, fala-se na fase metaconstitucional dos direitos humanos, a *internet* estreita e acelera o intercâmbio das variadas expressões culturais, a ciência avança cada vez mais rápido trazendo novos meios de concepção humana e dando abertura a uma remodelação de estruturas familiares.

Diante desse panorama sociocultural e biotecnocientífico vivenciados, o direito, enquanto meio de organização social, deve acompanhar as evoluções fáticas e anseios dos seres humanos de modo a salvaguardar as diversificadas manifestações das sociedades, individual e coletivamente falando, nesta dialética cultural mutativa e evolucionar que pode se exteriorizar enquanto configuração e conclusão da própria expressão da dignidade dos indivíduos envolvidos.

Nesse contexto, dentro da evolução vivida pelos procedimentos reprodutivos, verifica-se uma vasta gama de novas possibilidades e caminhos a serem seguidos por aqueles que almejam dar início a um projeto familiar.

Com isso, há o surgimento de novas necessidades onde o homem, como tal, sempre buscará meios de supri-las com bens da vida, aos quais haja a possibilidade de agregar valor econômico, atendendo a uma lei básica de mercado.

Tem-se, então, como proposta de tema, com fulcro na consagração da teoria da disponibilidade dos direitos de personalidade, que haja uma ampliação da esfera jurídica que envolve a disposição sobre o próprio corpo, mas ainda dentro de limites ao não prejuízo da integridade física, formatando críticas à sistemática concernente ao pré-requisito da gratuidade referente ao método de reprodução humana artificial heteróloga, sem que isso cause prejuízos ao sistema normativo vigente.

Sabe-se que a utilização de gametas humanos reprodutivos de terceiros, na fecundação assistida em laboratório, é uma realidade largamente aplicada e aceita por pessoas que, por quaisquer motivos, encontrem empecilhos de conceber descendentes pelas vias convencionais, ou seja, através de relação sexual realizada por um homem e uma mulher.

Tal possibilidade gera a necessidade de que clínicas especializadas em reprodução artificial possuam certo estoque de óvulos e espermatozoides a serem ofertados às pessoas que procuram esta modalidade de procriação.

Entre os problemas encontrados para suprir tal necessidade é que no Brasil a procura por gametas de terceiros é muito maior que a disponibilidade destes em laboratórios médicos (informação verbal)<sup>1</sup>.

Por parte das clínicas, entre as maneiras para obter um volume considerável de gametas, estão naquelas células germinativas excedentes advindas de tratamentos de fertilidade já realizados na mesma, onde os cedentes originários expressamente autorizam à clínica responsável que os utilize em terceiros. Outra forma que se tem de possuir gametas disponíveis em um laboratório é através de uma doação anônima e voluntária, o que é muito difícil de acontecer (informação verbal)<sup>1</sup>. Tome-se por exemplo os casos dos bancos de sangue que sempre estão com estoque baixo, e dependem de doações constantes, dada a vasta divulgação de campanhas de doação sanguínea. Assim, guardadas as devidas proporções, se a doação de sangue, um gesto altruísta a ser realizado com intento de salvar vidas, é um fato dependente de intensas campanhas publicitárias para que pessoas se conscientizem de sua importância e se predisponham a fazê-lo, o que esperar da cessão altruísta de espermatozoide ou óvulo sem um respectivo incentivo ou contrapartida financeira?

Vale frisar, inclusive, que para alguém doar células germinativas, é preciso, antes, se submeter a uma série de exames para que seja atestada a sua saúde e analisadas as características gênicas, o que torna o processo mais desgastante para quem se dispõe a fazê-lo.

Uma das maneiras de suprir o problema da escassez de gametas humanos disponibilizados por laboratórios brasileiros é por meio da compra destes de outras clínicas no exterior e de bancos internacionais de sêmen (informação verbal)<sup>1</sup>, notadamente nos Estados Unidos, onde a compra e venda de gametas reprodutivos humanos é legalizada e a oferta destas células é, conseqüentemente, muito maior, tornando o procedimento brasileiro ainda mais caro, devido a importação dessas células germinativas.

Grande parte de toda essa problemática ocorre devido à falta, na legislação vigente, de normas que regulamentem especificamente a reprodução assistida heteróloga. De certo, há apenas as diretrizes do Conselho Federal de Medicina que repelem o caráter oneroso da cessão de gametas e isso traz insegurança jurídica. Ao mesmo tempo, há na legislação um espectro que viabiliza grande disponibilidade nos direitos de personalidade.

---

<sup>1</sup> Informação obtida em julho de 2016, através de entrevista à Dra. Karina de Sá Adami (CRM 13372), especialista em reprodução assistida, que atende no Cenafert (Centro de Medicina Reprodutiva), com endereço na Av. Adhemar de Barros, 67, Ondina, Salvador-BA.

Dado esse norte, aqui se busca estabelecer um relacionamento entre as possibilidades advindas dos avanços da ciência biotecnológica e o ordenamento jurídico brasileiro, implementado pelo processo de interdisciplinaridade entre ciências humanas e biológicas, viabilizado através biodireito.

Este trabalho busca, outrossim, subsídios no reconhecimento da autonomia privada e existencial enquanto expressão da personalidade e conclusão da dignidade do indivíduo, bem como preceitua o direito como objeto cultural que atende as necessidades hodiernas e reflete as práticas costumeiras com vistas a produzir normas dotadas de legitimidade, reconhecimento e eficácia social, materializadas por meio da atuação do Estado.

Destarte, é possível afirmar que apesar de a bioética e o direito não terem conseguido ainda responder a contento coletivo a avalanche de questionamentos e necessidades humanas que surgiram após o implemento das técnicas de reprodução assistida, não se pode negar que o empenho concentrado para regulamentar essas questões tem sido constante.

O direito não pode se apegar apenas aos seus dogmas imutáveis, deve estar aberto a uma nova zetética. Deve observar os rumos que as sociedades, cada vez mais interligadas ao redor do globo, vêm adotando, suas práticas e seus anseios, para chegar, o mais próximo quanto possível, da justiça e igualdade almejada e esperada por todos.

É preciso salientar, ainda, que as possibilidades atingidas pelos procedimentos de procriação humana artificial, em especial a heteróloga, agregam outras contingências de naturezas ética e jurídica, como o anonimato do doador, a configuração da identidade genética do indivíduo que irá nascer, o direito ao sigilo dos genitores *versus* o direito de informação à origem biológica, os casos relacionados à maternidade por substituição. Em consonância, no entanto, ao corte epistemológico do tema desta pesquisa, tais hipóteses não serão abordadas, guardando o foco da discussão para o alcance do direito de dispor sobre o próprio corpo, que possui o indivíduo humano, relacionado ao limite ético contido na cessão gratuita de células germinativas no processo heterólogo da procriação assistida.

Com vistas ao enfrentamento dos questionamentos suscitados nesta pesquisa, foram convergidas hipóteses de diferentes naturezas, necessárias ao encontro de uma resposta ao problema proposto, utilizando-se de uma adequação metodológica analítica-jurídica, considerando posicionamentos de conteúdo ético, jurídico, biotecnológico e médico. O fim almejado era, além de fundamentar as hipóteses de disponibilidade de direitos de personalidade, correlacionar à realidade empírica da reprodução artificial nas clínicas, quanto

à obtenção de células germinativas humanas, a uma análise crítica de conceitos bioéticos e jurídicos, migrando-se de teorias abstratas e gerais para definições aplicáveis a casos concretos, faticamente palpáveis na cultura vivenciada na comunidade que utiliza-se de formas artificiais de concepção de embriões.

Quanto aos tipos de fontes de pesquisa utilizados, e dada à prematura condição do tema no direito brasileiro, as fontes documentais foram substanciais no desenvolver do trabalho. A pesquisa bibliográfica fundamentou-se por meio de livros, publicações periódicas, artigos científicos e teses de doutorados de renomados juristas brasileiros que dedicam suas carreiras a enfrentar problemas suscitados pela bioética e o direito, levando em consideração, também, publicações estrangeiras, em razão do amadurecimento científico do biodireito em outros países.

Tendo em vista melhor esclarecer e compreender a temática abordada, buscou-se trazer, de início, noções pertinentes ao biodireito. Cumpre esclarecer, todavia, que não foram realizadas grandes digressões acerca das variadas matrizes teóricas da bioética, fato que fugiria ao tema em voga, ao passo que, estender-se-ia em demasiado o objeto da pesquisa. A essência da análise do segundo capítulo restou voltada ao principialismo, tendo como objetivo, também, delinear a importância da intervenção do Direito em um campo aprioristicamente bioético.

O capítulo seguinte foi destinado a elucidar o conteúdo da autonomia em contraponto aos poderes e o dever do Estado em organizar a sociedade. Nesta dialética foram trazidas as prerrogativas das liberdades individuais dentro do ordenamento jurídico, numa sistemática civil-constitucionalista, delineando o sentido da disponibilidade dos direitos de personalidade para concretização de uma autonomia existencial. No mesmo liame, procurou-se demonstrar a importância da eficácia social das normas jurídicas enquanto o Direito se traduz como um objeto cultural.

O capítulo quatro, por sua vez, tratou de conceituar e contextualizar a reprodução humana artificial, em especial a heteróloga, por se tratar de um dos objetos de estudo desta pesquisa, e demonstrar, em traços gerais, a evolução da reprodução humana na construção do projeto parental.

Já o último capítulo se propõe a efetivamente analisar o problema cerne desta pesquisa, na temática da reprodução artificial heteróloga, alcançado pelo biodireito, o qual seja, os impasses que circundam o pré-requisito da gratuidade exigido na cessão de células germinativas de seres humanos. Demonstrando-se a inserção do caráter existencial na

disponibilidade que o indivíduo pode exercer sobre o próprio corpo e a premente necessidade de uma completa e eficaz normatização da procriação artificial, de modo que reflita as práticas e anseios sociais, atendas as necessidades presentes e, ao mesmo tempo, contemple limites éticos aceitáveis e proporcionais à conjuntura sociocultural enfrentada. Continuando, o capítulo posposto ao quinto, tem a mera finalidade de sistematização do conteúdo trazido ao longo da pesquisa, sendo assim, foi elaborado de maneira sintetizada.

## 2 DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

Para dar início ao estudo ao qual se propõe o presente trabalho, considerando o requisito da gratuidade, exigido por regulamentações brasileiras, para o fornecimento de gametas humanos destinados à reprodução artificial heteróloga, faz-se necessária, previamente, uma abordagem dos conceitos e princípios que envolvem a bioética e o biodireito.

Neste capítulo serão feitas considerações para esclarecer o conteúdo dessas matérias que norteiam a solução de impasses ético-jurídicos ligados à vida humana e seu cotidiano.

Apesar da relevância histórica da bioética, em seu surgimento e sua consagração enquanto disciplina e objeto científico, assim como o biodireito, e sua admissão ao ramo jurídico, aqui já reconhece-se-lhes como tais, não fazendo, esses tópicos, parte do corpo deste trabalho. Restringe-se, portanto, à conceituação e uma breve explanação de sua importância e seus campos de atuação para fins de melhor compreensão do tema abordado, dado o caráter recente do surgimento das disciplinas, notadamente o biodireito.

Trata-se de uma opção metodológica da pesquisa, visto que aqueles temas se distanciam do problema em foco e suas ausências em nada prejudicam o desenvolvimento da mesma.

### 2.1 A BIOÉTICA

É histórico e de conhecimento geral, também se podendo dizer instintivo, o ímpeto humano em buscar a evolução, o crescimento, as soluções aos impasses encontrados no dia-a-dia, conhecer o desconhecido e isso é ótimo pelo ponto de vista da busca de novas formas de tecnologias para a melhor adequação da vida humana ao planeta.

Um grande problema, contudo, é quando esse ímpeto evolutivo não se acopla a meios aptos e legítimos na procura dos fins almejados, não encontra limites, que é o que pode acontecer ao se tratar da utilização de técnicas científicas em seres vivos, humanos ou não.

Uma outra questão está na autodeterminação que o ser humano possui na condução de sua própria vida, assegurada enquanto direito fundamental, ou seja, a autonomia da vontade

humana que pode ir de encontro às limitações impostas pela ética, pela moral e pelo poder público.

Foi com o foco nesses problemas que foram surgindo ramos de conhecimento especializados em enumerar e regular práticas e princípios que respeitem a vida de modo geral. Da análise do embate entre a preservação da vida e as derivantes da autonomia volitiva e seu ímpeto evolutivo é que se tenta entender o que seria a bioética e qual a sua relação com o Direito.

A discussão sobre a bioética vem crescendo cada vez mais no seio social, não se restringindo apenas aos meios acadêmicos, mas sendo debatida também pelas pessoas comuns, muito por influência da mídia, que vem pondo em destaque manchetes referentes aos temas bioéticos em telejornais, novelas, programas de entretenimento e auditório voltado a uma audiência popular ordinária. Esse público vem sendo exposto quase que diariamente a questões polêmicas relacionadas à vida, como aborto, reprodução assistida, engenharia genética, e é posto a se questionar e debater até onde o ser humano teria o direito de interferir na natureza humana<sup>2</sup>.

A medicina atual, associada aos recursos tecnológicos, propicia uma multiplicidade de novas situações ou possibilidades relacionadas ao corpo humano. Aprioristicamente, o ser humano tem recepcionado esse leque de descobertas com entusiasmo e otimismo, procurando se ajustar às propostas científicas promissoras, encampadas pela justificativa da beneficência e da motivação terapêutica. [...]

A capacidade de interferência do homem, por meio de manipulações biológicas laboratoriais em torno da constituição da vida em geral, tem crescido numa considerável velocidade, fazendo, inclusive, com que o plano dessas possibilidades não seja nitidamente conhecido. [...]

Contemporaneamente, a associação da tecnologia às ciências biomédicas tem possibilitado novas conquistas e resultados que [...] representam avanços da ciência, em busca de benefícios à espécie humana. Essas inovações biocientíficas evidenciam uma nova visão sobre as ciências da vida, na medida que criam uma realidade complexa, composta pelo surgimento de consequências e questionamentos de ordens ética, moral e jurídica<sup>3</sup>.

Assim, as intervenções médicas podem suscitar problemas éticos, sendo, por sua vez, acontecimentos que trazem consequências jurídicas, ao passo que criam, modificam ou extinguem situações ou relações fáticas.

De muito tempo já se tem notícia da preocupação no uso de condutas éticas em práticas biológicas, isto é, em pesquisas e tratamentos técnico-científicos, o que se pode remontar mesmo à origem da medicina. Vários foram os casos que trouxeram um confronto entre aspectos como o aprimoramento das técnicas médicas e científicas, a vida dos pacientes e o

---

<sup>2</sup> PESSINI, Léo. O desenvolvimento da bioética na América Latina: algumas considerações. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 9.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 21-23.

respeito à dignidade destes. Essas situações delicadas contribuíram para a criação e o desenvolvimento da bioética <sup>4</sup>.

O termo “ética” vem do grego *ethos* significando comportamento, caráter, modo de ser e o termo “bio”, do grego *βίος (bios)*, significando vida, incorporando-se também à biologia, ciência que estuda os seres vivos. Ao juntar estes dois vocábulos, chegando à nomenclatura bioética, é possível traçar o seu precípuo escopo, que seria a busca de maneiras éticas no trato da vida. Em outras palavras, a bioética procura estudar as condutas humanas de modo a propiciar o melhor uso possível dessas condutas quando relacionadas ao trato das ciências que envolvem os seres vivos.

“No termo ‘bioética’, ‘bio’ representa os conhecimentos biológicos e ‘ética’ o conhecimento dos sistemas dos valores humanos” <sup>5</sup>.

“Se, em tese, a meta da bioética seja a de salvaguardar a dignidade humana, isto não significa que entre os autores com ela envolvidos haja concordância quanto ao modo como tal meta deva ser alcançada” <sup>6</sup>.

E é nesse ponto que começa a se verificar a necessidade de acoplar à bioética uma ciência com poder regulador e coercitivo, que, munido de legitimidade, possa fixar limites e traçar um paradigma norteador para a utilização de técnicas médicas e biotecnológicas.

## 2.2 O BIODIREITO

Como a bioética é uma forma de conhecimento aberto que permite uma investigação ampla de todas as condutas humanas que envolvem o manejo científico relacionado à vida, tendo sempre em consideração os valores éticos e os fins da sociedade<sup>7</sup>, é necessária a sua coadunação com o ramo jurídico, pois, para o Direito:

As normas e princípios da bioética não são coercitivos. Por isso, há a necessidade de que o direito regulamente atitudes lícitas, definindo os seus limites diante do

<sup>4</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 3-7.

<sup>5</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 61.

<sup>6</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 15.

<sup>7</sup> SÁ. *Op. cit.*, p. 12.

respeito à dignidade da pessoa humana, e diante das descobertas científicas, estabelecendo quais são as suas regras e até que ponto o cientista poderá investigar, porque é a ciência que visa regular as condutas dos indivíduos em sociedade, por meio de um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado<sup>8</sup>.

Da interdisciplinaridade entre a bioética e o Direito surgiu o biodireito como ramo jurídico. Ele é um “ramo específico que se desenvolverá com fundamento no direito à vida, ampliando-se necessariamente para uma *biologização do direito*, algo além do meramente biológico – o direito à vida – como algo em si, suscetível de proteção por si mesmo, onde quer que se encontre”<sup>9</sup>.

A interferência do Direito nos conflitos originariamente tratados pela bioética se dá de forma natural, considerando o fato de que os questionamentos ocasionados pelo uso da tecnologia associada à medicina desembocam em situações que demandam respostas jurídicas, posto que interditam, em muitas vezes, a influência consolidada de bens jurídicos. O Direito, então, interfere para colaborar com a proposta da bioética, mas, **agrega, em sua função, caráter coercitivo e sancionador, prescrevendo limites à interferência do homem sobre o próprio homem.** [...]

Bioética e biodireito são ordens normativas distintas, pois, possuem pontos de partida diferentes. O Direito parte do sistema, precipuamente posto e determinado, e comporta variações interpretativas discretas, todas conformadas pelo conteúdo do que foi traçado pela norma. A bioética, por natureza, admite uma abertura para promoções de interpretações e valorações variadas, tendo em vista a inexistência de um ordenamento prescritivo previamente estabelecido.<sup>10</sup>

O principal tema do biodireito passa, então, a ser a vida iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, significando que “o ser humano é a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico, e [a dignidade da pessoa humana] é considerada como base na discussão bioética dos avanços científicos”<sup>11</sup>.

A bioética e o biodireito têm a diversidade e a pluralidade de pensamentos como ponto comum. Ora, somos seres históricos e culturais, e os conhecimentos que produzimos ou descobrimos serão contaminados pelos nossos valores, também históricos e culturais. Não podemos mais, em pleno terceiro milênio, incorrer no erro de acharmos que algo é definitivo. Nada é<sup>12</sup>.

Enquanto ramo do direito, o biodireito está, no entanto, umbilicalmente associado à bioética, a fim de estudar as relações entre o direito e os avanços tecnológicos ligados à medicina, as pesquisas científicas envolvendo seres vivos e à biotecnologia, defendendo os aspectos relacionadas à vida, ao corpo físico e à dignidade da pessoa humana, já que está garantido no

<sup>8</sup> LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

<sup>9</sup> GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 162.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 34-35 (sem grifo no original).

<sup>11</sup> LOUREIRO. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>12</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

artigo 5º inciso IX<sup>13</sup> da Constituição Federal de 1988 a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais.

A partir de 1988 instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais princípios constitucionais [...] compreendem os valores primordiais de nossa sociedade, traduzindo, em sua maioria, direitos fundamentais do homem. Por sua natureza, [...] os princípios constitucionais devem constituir os princípios do biodireito<sup>14</sup>.

A bioética, desse modo, regula e orienta o progresso das ciências da vida; o direito regulamenta e orienta as condutas humanas e tem poder coercitivo; assim, o biodireito trata da regulação das condutas humanas ligadas às ciências da vida, limitando o progresso pelo progresso de forma desenfreada e que se ultrapassem as barreiras impostas pela dignidade da pessoa humana, enquanto base principiológica do biodireito e, mais, do ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.3 O PRINCIPIALISMO NA BIOÉTICA

Inicialmente, cabe esclarecer que existem várias matrizes teóricas para a bioética. Contudo, esta pesquisa abordará apenas as principais, as que tiveram maiores destaques no campo acadêmico. Todavia, dar-se-á maior ênfase ao paradigma dos princípios porque “se trata da proposta de fundamentação da bioética que mais difusão e influência teve no desenvolvimento da nossa ainda jovem disciplina”<sup>15</sup>. É a matriz teórica protagonista e pioneira que teve, inclusive, influência nas demais que serão brevemente tratadas em tópico à parte.

Assim sendo, é o modelo dos princípios que aqui se adota, também, por melhor resolver o problema em tela e melhor explicar o tema do qual se fala; razão que indicou merecer um tópico próprio e explicação mais detalhada.

<sup>13</sup> CF. Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

<sup>14</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73.

<sup>15</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 119.

Desse modo, em 1974, foi realizado um congresso nos Estados Unidos que aprovou uma lei conhecida como *National Research Act*<sup>16</sup>. Essa lei criava uma comissão<sup>17</sup> encarregada de estudar as questões éticas relacionadas à pesquisa científica nos campos da biomedicina e das ciências do comportamento. Os comissionados eram incumbidos de reavaliar as normas do governo federal referentes à pesquisa científica e de formular princípios gerais que pudessem guiar essas pesquisas. Assim, em um relatório, que ficou conhecido como Relatório *Belmont*<sup>18</sup>, publicado em 1978, a comissão identificou três princípios gerais fundamentais, a saber, o princípio do respeito pelas pessoas, o princípio da beneficência e o princípio da justiça.<sup>19</sup>

Posteriormente, a obra *Principles of Biomedical Ethics*<sup>20</sup>, publicada originalmente em 1979 e elaborada por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, se baseia e desenvolve os princípios enunciados pela comissão, onde o princípio do respeito pelas pessoas, do relatório original, é trazido como sendo o princípio do respeito pela autonomia e é acrescido o princípio da não maleficência, mostrando, então, quatro princípios básicos para a bioética.<sup>21</sup>

Estes quatro princípios, que **não possuem um caráter absoluto, nem têm prioridade um sobre o outro**, servem como regras gerais para orientar a tomada de decisão frente aos problemas éticos e para ordenar os argumentos nas discussões de casos. O Princípio de Beauchamp e Childress baseia-se em teorias éticas deontológicas e consequencialistas, mais precisamente nas ideias de William David Ross e William Frankena, sendo influenciado também pelo “*The Belmont Report*”, um documento elaborado por uma comissão nacional e publicado pelo governo dos Estados Unidos da América [...], que define as bases éticas para a proteção dos seres humanos submetidos à pesquisa biomédica [...].

Em seu livro “*The Right and the Good*”, de 1930, William David Ross expressa o conceito de que a vida moral está fundamentada em alguns princípios básicos, evidentes e incontestáveis, que todos os seres humanos consideram obrigatórios numa primeira consideração e chamou-os de deveres *prima facie*. Os deveres *prima facie* são obrigações que devem ser cumpridas a não ser que conflitem, numa situação determinada, com outra obrigação igual ou mais forte. Entre os deveres *prima facie* de Ross, estão a beneficência, a não maleficência e a justiça<sup>22</sup>.

Beauchamp e Childress transportaram estas idéias para o Princípio de Beauchamp e Childress, dizendo que, em Bioética, há quatro destas obrigações ou deveres *prima facie*: não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e justiça. Assim, para estes autores,

<sup>16</sup> Lei Nacional de Pesquisa.

<sup>17</sup> *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Indivíduos Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental).

<sup>18</sup> *The Belmont Report*.

<sup>19</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 121-123.

<sup>20</sup> Princípios de Ética Biomédica.

<sup>21</sup> Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

<sup>22</sup> LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016, p. 1, sem grifo no original.

o ponto de partida para orientar qualquer discussão ética deve ser a análise destas quatro condições, de como elas podem ser melhor respeitadas em cada caso<sup>23</sup>.

Contudo, o principialismo foi criticado no que se refere ao caráter relativo dos princípios, fazendo com que pudessem surgir conflitos entre os mesmos, porque na prática nem sempre se pode respeitar a igualdade à qual lhes seria inerente, segundo sustentam os autores. Por outro lado, há a vantagem de serem operacionais, onde se constituem como necessários à tomada de decisão, apesar de nem sempre suficientes. “Na bioética contemporânea, é consenso que o Principialismo apresenta um conjunto de postulados básicos que não podem ser ignorados mesmo que não tenham, reconhecidamente, um caráter incondicional de princípios”<sup>24</sup>.

Os princípios bioéticos, do modo como foram pensados, no Relatório *Belmont*, restaram-se concebidos com o escopo de deixar assegurada a humanização do progresso científico, ou seja, dar uma orientação às decisões dos pesquisadores e dos clínicos nos campos da medicina e biotecnologia e foram, ainda, teorizados autonomamente um dos outros. A ideia era fornecer e elaborar princípios gerais éticos visando disciplinar pesquisas e investigações científicas, a fim de ampliar e otimizar resultados, como sendo um código de ética das pesquisas biomédicas, resolvendo os dilemas morais que viessem a surgir<sup>25</sup>.

Desse modo, Tom L. Beauchamp e James F. Childress ampliam o campo de atuação dos princípios, originariamente trazidos no Relatório, desenvolvendo-se e aprofundando-os como princípios gerais da ética<sup>26</sup> como seguem expostos nas subseções seguintes.

Ainda, é possível acrescentar que esses princípios elaborados para orientar a bioética podem, também, ser usados para solucionar problemas morais demandados concretamente no campo jurídico e que têm como núcleo o direito à vida e a dignidade humana, direitos fundamentais salvaguardados a nível constitucional, ao passo que tais princípios podem ser equiparados a princípios gerais do Direito como princípio da igualdade, da justiça e, notadamente no campo contratual, autonomia privada, boa-fé objetiva e função social dos contratos. É por isso que se torna importante um estudo desses princípios bioéticos, já que facilmente eles podem ser chamados à solução de litígios pelo Estado.

<sup>23</sup> LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016, p. 2.

<sup>24</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>25</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58-62.

<sup>26</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, *passim*.

### 2.3.1 O princípio do respeito à autonomia

Segundo o Relatório *Belmont*, o princípio do respeito às pessoas vem apoiado em duas convicções morais fundamentais “(1) deve-se tratar as pessoas como agentes autônomos e (2) deve-se tutelar os direitos das pessoas cuja autonomia está diminuída (ou comprometida)”<sup>27</sup>.

Dessas [duas] convicções proviriam [mais] duas obrigações morais: 1) o reconhecimento da autonomia alheia e 2) a proteção das pessoas cuja autonomia está comprometida. O reconhecimento da autonomia alheia implica que as opções das pessoas autônomas sejam respeitadas sempre que não prejudiquem a autonomia e os direitos de terceiros<sup>28</sup>.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress que, ao se referirem ao princípio do respeito pelas pessoas, trouxeram-no, em sua obra, como princípio do respeito à autonomia, estudaram, contudo, o conceito de autonomia dentro de um contexto de tomada de decisão no âmbito biomédico propondo encontrar uma compreensão, a mais adequada quão possível, para examinar as decisões das pessoas no âmbito da saúde e da pesquisa científica em indivíduos humanos a partir de um consentimento, ou recusa, informado<sup>29</sup>.

Ainda segundo os autores, a autonomia pessoal seria, portanto, referente à capacidade das pessoas para emitirem decisões livres de influências externas que as controlem e de limitações pessoais que as impeçam de fazer uma opção pura e desvinculada de qualquer fator alheio à sua própria vontade, ou seja, uma capacidade de si autodeterminar, de modo livre, consciente e intencional.

Um indivíduo autônomo é aquele que age de forma livre e de acordo com parâmetros de escolha próprios. Já “as ações de uma pessoa cuja autonomia está diminuída são controladas, pelo menos em parte, por outras pessoas, assim como o sujeito moral não pode, pelas razões que forem, deliberar ou atuar em conformidade com seus objetivos e planos”<sup>30</sup>.

Em um apanhado geral, as teorias sobre a autonomia trazem duas condições essenciais para haverem ações autônomas: “1) liberdade externa, ou seja, o agente deve estar livre de

<sup>27</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 122.

<sup>28</sup> *Ibid.*, loc. cit..

<sup>29</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 137-152.

<sup>30</sup> FERRER. *Op. cit.*, p. 124.

influências externas que o controlem; 2) agência (ou liberdade interna), ou seja, o sujeito deve ter a capacidade para agir intencionalmente”<sup>31</sup>.

Beauchamp e Childress acrescentam àquelas condições que, além de agir intencionalmente e livre de influências exteriores, há ação autônoma somente se o agente moral possuir a devida compreensão daquilo que faz.

Analisamos a ação autônoma em termos dos agentes normais que agem (1) intencionalmente, (2) com entendimento e (3) sem influências controladoras que determinem sua ação. A primeira destas condições da autonomia não é uma questão de grau. Os atos são ou intencionais ou não intencionais [...]. Em contraposição, as condições do entendimento e da ausência de influências controladoras podem ambas ser satisfeitas de um modo mais ou menos completo. As ações, portanto, podem ter graus de autonomia, em função dos diferentes graus de satisfação dessas duas condições<sup>32</sup>.

Segundo teorias acerca da autonomia, as pessoas autônomas são aquelas que possuem capacidades de autogoverno, isto é, rege-se por si mesmas, entretanto os autores Beauchamp e Childress<sup>33</sup> têm o seu interesse voltado ao ato da decisão, pondo seu foco nas escolhas autônomas, vez que, em detrimento da capacidade de si governar, é o ato de governar efetivamente, não si restringindo à mera possibilidade. Isto é, pessoas autônomas podem fazer escolhas que não são autônomas, falhando em si governar, devido a uma doença, à ignorância sobre fatos, restrição nas opções de escolha. As pessoas de autonomia limitada, contudo, podem perfeitamente, de forma ocasional, praticar escolhas autônomas. “Por exemplo, alguns pacientes em instituições psiquiátricas que não são capazes de cuidar de si mesmos [...] ainda podem ser capazes de fazer escolhas autônomas tais como definir preferências alimentares”<sup>34</sup>.

“Para que a ação seja autônoma basta que o sujeito tenha uma compreensão e uma liberdade de controles externos substanciais”<sup>35</sup>. Mas os “critérios para determinar se um sujeito possui o grau de autonomia necessário [...] devem ser estabelecidos levando-se cuidadosamente em conta o contexto particular da decisão em questão”<sup>36</sup>, pois existem graus de autônias nas ações humanas, onde elas podem ser mais ou menos autônomas, sendo que “os critérios devam ser mais exigentes em alguns contextos que em outros”<sup>37, 38</sup>.

<sup>31</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 124.

<sup>32</sup> BEA UCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 140.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 138-139.

<sup>35</sup> FERRER; ÁLVAREZ. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>38</sup> *Cf. Ibid.*, p. 124-125.

O conteúdo normativo desse princípio, do respeito à autonomia, está no reconhecimento do direito da pessoa capaz de decidir de forma autônoma, de ter os seus pontos de vista respeitados, de fazer suas próprias opções e de agir conforme os seus valores e crenças pessoais <sup>39</sup>.

O respeito à autonomia não é [...] um princípio que marca os profissionais médicos como agentes paternalistas e que os aconselha a desconsiderar pacientes difíceis. Pelo contrário, os lados negativo e positivo do respeito à autonomia indicam, juntos, que respeitar o outro inclui o esforço para encorajar e produzir a sua opinião acerca dos próprios interesses <sup>40</sup>.

É exigido, dessa maneira, que se atue positivamente em favor da autonomia alheia, não bastando o mero respeito às decisões autônomas das pessoas. Em outras palavras, é exigida a máxima atuação no sentido de preservar e potencializar a autonomia das pessoas. Assim, na formulação desse princípio sob sua faceta positiva, dentro do contexto biomédico, significa dizer que as pessoas devem ser tratadas respeitosamente, que lhes sejam fornecidas as devidas informações e esclarecimentos e que se atue de modo a favorecer as suas decisões autônomas, restando assegurado aos pacientes, ou sujeitos de pesquisas, que tenham uma compreensão adequada e que hajam de maneira voluntária. Já a fórmula negativa do princípio impõe que as ações autônomas não podem ser submetidas, por outras pessoas, a fatores externos que as limitem ou as impeçam de fluir naturalmente, deve-se respeitar as opiniões e direitos dos indivíduos, desde que estes não prejudiquem outras pessoas <sup>41</sup>. “O direito de autodeterminação que sustenta vários outros direitos de autonomia, incluindo os de confidencialidade e privacidade é correlato a essa obrigação” <sup>42</sup>.

É preciso acrescentar que o princípio, tal como o expressamos, precisa ser ulteriormente especificado, incluindo a explicação e justificação das exceções legítimas. Trata-se de um princípio *prima facie*, ou seja, que obriga ‘em princípio’ ou ‘em igualdade de condições’ [...], mas que pode ser ultrapassado ou ‘vencido’ por outras considerações morais em situações de conflito. Nesses casos, poder-se-ia restringir legitimamente o exercício da autonomia para salvaguardar outros valores morais que deveriam prevalecer na situação concreta. [...] A autonomia pessoal não prevalece sempre quando entra em conflito com outros valores e princípios, nem ocupa o primado numa suposta hierarquia de deveres, que os autores [Beauchamp e Childress] expressamente rejeitaram. Um sujeito pode decidir autonomamente que quer dirigir seu automóvel a 200 km por hora em pleno centro da cidade, mas a

<sup>39</sup>FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 125-127.

<sup>40</sup>BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 145.

<sup>41</sup>*Ibid.*, p. 142-146.

<sup>42</sup>*Ibid.*, p. 143.

sociedade tem pleno direito de impedir o exercício de sua autonomia para salvaguardar o direito fundamental à vida e a segurança do resto dos cidadãos<sup>43</sup>.

Por fim, “quando as pessoas têm sua autonomia diminuída e não é possível conseguir que cheguem a decidir de modo autônomo, então, e somente então, podem-se justificar as intervenções de índole paternalista”<sup>44</sup>.

Assim, o princípio da autonomia é obedecido quando uma pessoa autônoma exerce uma ação autônoma, tendo a capacidade para compreender e a intenção de agir de uma determinada forma. Se uma pessoa não tiver a devida compreensão do contexto da situação e a intenção autodeterminante de agir, o princípio da autonomia não restaria respeitado. A autonomia da pessoa deve ser respeitada, ela deve querer agir, mas esse agir não é bastante se vier somente de uma pessoa autônoma, a sua ação também deve ser autônoma, entendendo-se ação autônoma por aquela em que a pessoa está apta a compreender a situação e ter a intenção verdadeira de agir.

### 2.3.2 O princípio da não maleficência

Este princípio traz, essencialmente, a obrigação de não se causar um dano intencionalmente, devendo, então, evitar o mal a todo custo. Fazendo-se uma breve linha distintiva, ao passo que a não maleficência impõe obrigações negativas de não tomar atitudes no sentido de causar mal a outrem, o princípio da beneficência vincula as atitudes a obrigações positivas de fazer o bem de algum modo<sup>45</sup>.

Embora os mentores da obra *Principles of Biomedical Ethics* não defendam uma hierarquia entre os princípios da bioética<sup>46</sup>, as obrigações da não maleficência geralmente obrigam com mais força que as da beneficência, ao passo que ao evitar o mal já se está fazendo o bem, mas essa primazia não é universal<sup>47</sup>. Ainda, o princípio da não maleficência impõe uma obrigação

<sup>43</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 126-127.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>45</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 209 *et seq.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, *passim*.

<sup>47</sup> FERRER; ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 129.

principal negativa de que não se deve fazer mal ou causar dano a quem quer que seja e as suas implicações seriam sempre prescrições negativas proibitivas de uma determinada ação<sup>48</sup>.

Continuando, para formatar um conceito à não maleficência, traz-se as noções de dano.

Considerando os termos em inglês, que os autores usam, é preciso distinguir entre *'harming'* (causar dano) e *'wronging'* (ofender, tratar injustamente). Nem toda ação na qual se ocasiona estrago, dor ou sofrimento é preciso que o dano tenha sido intencional ou injusto: 'a *ofensa* envolve violação dos direitos alheios, ao passo que o dano não envolve necessariamente uma violação semelhante [...]'. Pode-se, pois, causar dano sem ofender e também se pode ofender sem causar dano. [...] Danificar significa, no uso que eles dão ao termo, frustrar ou prejudicar os interesses de alguém, sem que constitua necessariamente uma ofensa ou injustiça ao prejudicado. Deveríamos dizer que o princípio da não maleficência não proíbe qualquer dano, mas somente aqueles que constituem uma *ofensa*, ou seja, um injusto prejuízo aos direitos e interesses fundamentais das pessoas<sup>49</sup>.

Conclui-se, portanto, que a não maleficência é uma obrigação moral negativa que todas as pessoas têm de não causar dano a ninguém. Ela é uma obrigação moral imparcial, isto é, não se pode escolher a quem não causar o dano, ao passo que não se deve causar dano a ninguém, podemos contrapô-la à boa fé subjetiva.

### 2.3.3 O princípio da beneficência

Entre os princípios da bioética, numa tradição anglo-saxã conhecidos como a trindade bioética (autonomia, justiça e beneficência), o princípio da beneficência seria o mais antigo, decorrendo de postulados da ética médica desde Hipócrates e, com base nele, haveria “o respeito e o auxílio ao próximo como pessoa humana para o desenvolvimento de suas potencialidades, fulcrados no sentimento de solidariedade que naturalmente deve existir entre as pessoas”<sup>50</sup>

A vida moral vai além do respeito à autonomia alheia, da prática das referidas decisões autônomas e da obrigação negativa de não causar dano, pois a moralidade exige uma contribuição para o bem-estar das pessoas. A beneficência passa a exigir que se faça atos

<sup>48</sup> BEA UCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 209-214.

<sup>49</sup> *Idem*. **Principles of Biomedical Ethics**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 116-117. *Apud* FERRER; ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>50</sup> Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 62.

positivos em prol do bem dos demais, o que engloba, também, um sopesamento a fim de contrabalançar os benefícios e os prejuízos, a fim de se ter o resultado mais favorável possível, isso seria um juízo de utilidade dentro da beneficência<sup>51</sup>.

Os atos enquadrados na beneficência seriam aqueles feitos no sentido de beneficiar e trazer o bem a outrem, se assemelhando as imposições que trazem o princípio da boa fé objetiva, por sua vez.

Beneficência quer dizer fazer o bem. De uma maneira prática, isto significa que temos a obrigação moral de agir para o benefício do outro. Este conceito, quando é utilizado na área de cuidados com a saúde, que engloba todas as profissões das ciências biomédicas significa fazer o que é melhor para o paciente, não só do ponto de vista técnico-assistencial, mas também do ponto de vista ético. É usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na tomada de decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar<sup>52</sup>.

Portanto, o princípio da beneficência obriga os profissionais da saúde e os cientistas a ultrapassarem a própria não maleficência, que é não causar dano intencionalmente, exigindo que eles contribuam para o bem estar, promovendo ações com o escopo de prevenir e remover o mal ou dano e para fazer o bem. A beneficência requer, então, ações positivas, ou seja, é necessária uma ação a fim de beneficiar<sup>53</sup>.

Há de se destacar, também, o que é chamada de beneficência obrigatória cujas regras trariam prescrições como proteger e defender os direitos alheios, prevenir os danos que possam afetar terceiros, eliminar as condições que possam prejudicar os outros, ajudar as pessoas com incapacidades ou deficiências e resgatar pessoas em perigo. Então, situações que ultrapassem tais preceitos englobariam uma beneficência ideal, cujos atos em seu sentido seriam opcionais, não incorrendo em deficiência moral dada a sua não observância<sup>54</sup>.

Tem ainda a beneficência específica<sup>55</sup> como sendo aquela que obriga a agir “de modo beneficente com as pessoas com quem nos ligamos por relações especiais, como cônjuges,

---

<sup>51</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 132-134.

<sup>52</sup> LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 201, p. 3.

<sup>53</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>54</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 283-284.

<sup>55</sup> Cf. *Ibidem*, p. 288-295.

filhos, amigos, paciente etc.”<sup>56</sup>, e a beneficência geral<sup>57</sup> seria a que obriga “a agir de modo beneficente para além das relações especiais, com todas as pessoas”<sup>58</sup>.

Apesar de ser fácil enxergar a beneficência específica, no entanto tamanha facilidade não é observada na beneficência geral, mas podemos exemplificá-la em vários pontos do ordenamento pátrio quando as leis falam em boa-fé objetiva, função social do contrato e da propriedade, deveres anexos implícitos e inerentes aos contratos. Todas essas são hipóteses em que se deve “fazer o bem sem olhar a quem”, como fala este conhecido ditado popular.

Abrindo o destaque para a questão do paternalismo no princípio da beneficência, ele ocorre quando a ação de uma alguém prevalece em detrimento da autonomia de outra, isto é, na prática da beneficência para esta outra pessoa. Isto pode ser justificado ao passo que, impondo-se a beneficência, ultrapassando as preferências e decisões, ou seja, a própria autonomia do beneficiado, mira-se o bem deste, pelo fato do beneficiado possuir a sua autonomia violada por algum tipo de incapacidade, por exemplo, ou estar incapacitado, mesmo que momentaneamente, de ter pleno conhecimento da situação. Mas quando a autonomia de uma pessoa plenamente capaz de emitir atos independentes for anulada, haverá uma clara violação do princípio do respeito pelas pessoas<sup>59</sup>.

Além disso, é preciso avaliar a utilidade do ato, em um contrapeso de benefícios, riscos e custos.

Por exemplo, um pesquisador submete um protocolo de investigação ao Comitê de Ética em Pesquisa de uma Instituição: se espera que o investigador esclareça quais são os riscos para os sujeitos pesquisados e quais são os benefícios esperados com o estudo, tanto para os participantes como para a sociedade em geral, e, então, argumente porque os possíveis benefícios sobrepujam os riscos, pois só neste caso a pesquisa é considerada eticamente correta ou adequada. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para os procedimentos da prática clínica, com o intuito de definir a sua utilidade e beneficência<sup>60</sup>.

Assim, está-se diante de uma obrigação moral positiva de praticar o bem e onde, em regra, o seu descumprimento não gera sanção. Ela é positiva (de fazer) e pode ser parcial, ou seja, é possível escolher a quem causar o bem, como o é doar um órgão em vida a determinada pessoa. Uma hipótese, todavia, em que a beneficência poderia ser sancionada é a omissão de

<sup>56</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 135.

<sup>57</sup> Cf. BEAUCHAMP; CHILDRESS. *Op. cit.*, p. 285-288.

<sup>58</sup> FERRER; ÁLVARES. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>59</sup> BEAUCHAMP; CHILDRESS. *Op. cit.*, p. 295-317.

<sup>60</sup> LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 201, p. 3.

socorro penalmente relevante nos termos de sua tipificação<sup>61,62</sup>, aí está um dos casos onde a beneficência é obrigatória.

### 2.1.4 O princípio da justiça

O princípio da justiça rege que todos devem ter acesso aos procedimentos médicos necessários à sua saúde e subsistência independente da condição social que possuam, ao passo que todos devem ser tratados igualmente<sup>63</sup>. “A justiça tem a ver com o que é devido às pessoas, com aquilo que de alguma maneira lhes pertence ou lhes corresponde. [...] A injustiça inclui uma omissão ou perpetração que nega a alguém ou lhe tira aquilo que era devido”<sup>64</sup>.

“O princípio da justiça refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo custo”<sup>65</sup>.

Desse modo, podemos traçar no âmbito biomédico a dimensão desse princípio, a qual seria uma justiça distributiva referindo-se a uma repartição da forma mais igual quão possível dos direitos, benefícios e responsabilidades da sociedade, no entanto, sempre surgem problemas nessa distribuição porque as necessidades são múltiplas e crescentes enquanto os recursos para atendê-las são limitados<sup>66</sup>. Todavia, vale ressaltar que:

A ética biomédica tem dado muito mais ênfase à relação interpessoal entre o profissional de saúde e seu paciente, onde a beneficência, a não maleficência e a

<sup>61</sup> Código Penal. Art. 13: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

<sup>62</sup> CP. Art. 135: Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

<sup>63</sup> LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

<sup>64</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 138.

<sup>65</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 35.

<sup>66</sup> FERRER; ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 139.

autonomia têm exercido um papel de destaque, ofuscando, de certa maneira, o tema social da justiça. Justiça está associada preferencialmente com as relações entre grupos sociais, preocupando-se com a equidade na distribuição de bens e recursos considerados comuns, numa tentativa de igualar as oportunidades de acesso a estes bens. O conceito de justiça, do ponto de vista filosófico, tem sido explicado com o uso de vários termos. Todos eles interpretam a justiça como um modo justo, apropriado e equitativo de tratar as pessoas em razão de alguma coisa que é merecida ou devida a elas. Estes critérios de merecimento, ou princípios materiais de justiça, devem estar baseados em algumas características capazes de tornar relevante e justo este tratamento <sup>67</sup>.

Como exemplos destes princípios materiais válidos de uma justiça distributiva pode-se citar: “1. A todas as pessoas uma parte igual; 2. A cada um de acordo com sua necessidade; 3. A cada um de acordo com seu esforço; 4. A cada um de acordo com sua contribuição; 5. A cada um de acordo com seu merecimento e 6. A cada um de acordo com as trocas do livre mercado” <sup>68</sup>.

Então, significa dizer que todos os recursos e descobertas científicas devem ser de forma justa e igualitária repartidos, mediante os problemas enfrentados, como a reserva do possível e a escassez de recursos, esse princípio deve obedecer aos critérios formal <sup>69</sup> e material <sup>70</sup> (substancial) da igualdade <sup>71</sup>.

## 2.4 OS PRINCIPAIS PARADIGMAS TEÓRICOS DA BIOÉTICA

Existiram, ao longo dos anos, muitas matrizes teóricas que tentavam explicar e justificar a bioética, entre elas as que conseguiram maiores destaques nas comunidades médicas-científicas foram a bioética da permissão, a bioética utilitarista, a bioética da intervenção e a bioética principialista. Contudo, como foi anteriormente esclarecido, dedicou-se maior atenção ao modelo bioética principialista por ser aquele defendido pela doutrina especializada

<sup>67</sup> LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em:

<<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011, p. 5.

<sup>68</sup> BEA UCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 355-356.

<sup>69</sup> A igualdade formal consiste no aforismo todos são iguais perante a lei. Almeja submeter todas as pessoas ao império da lei e do direito, sem discriminação quanto a credos, raças, ideologias e características socioeconômicas. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, *passim*.

<sup>70</sup> A igualdade material se volta a diminuir as desigualdades sociais, traduzindo o aforismo tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade, a fim de oferecer proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costumam, ao longo da história, figurar em situação de desvantagem, a exemplo dos trabalhadores, consumidores, população de baixa renda, menores e mulheres. *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

majoritária e com maior aceitação e aplicabilidade dentre os demais, servindo, inclusive, como inspiração e ponto de partida para eles. Também, é na matriz dos princípios que esta pesquisa encontra alicerce.

Quanto aos demais paradigmas da teoria bioética, far-se-á apenas uma breve explanação a título de esclarecimento, dada a relevância deles na construção e estruturação da disciplina. A adoção por um ou outro modelo para fundamentar a bioética, entretanto, sempre levará, de alguma forma, aos princípios do respeito pelas pessoas e suas respectivas autonomias, justiça, não maleficência e beneficência, como poderá se constatar a seguir.

Em seu livro intitulado *Foundations of Bioethics* (Fundamentos da Bioética), Hugo Tristram Engelhardt Jr. formulou a **bioética da permissão**, que face um pluralismo moral no qual vive a sociedade, tenta-se chegar a um consenso ou, ao menos, a um respeito entre as diferentes comunidades morais existentes <sup>72</sup>.

O princípio da permissão, trazido por este modelo teórico bioético, procura “unir os estranhos morais em um princípio comum no pluralismo moral [...]. Ele surge para tentar responder ou servir de parâmetro para definir uma das bases do porquê uma escolha moral é preferível à outra e tentar definir de forma clara para quem será boa” <sup>73</sup>. É possível notar que dentro desta questão, de selecionar a escolha moral mais benéfica, mediante um acordo pacífico, dentro de um mercado de interesses morais, também se fará uso do princípio da beneficência na bioética da permissão <sup>74</sup>.

Para esclarecer, apesar que, do ponto de vista etimológico, ética e moral possuam o mesmo conteúdo semântico, a doutrina faz uma distinção entre esses dois vocábulos. Ao passo que a ética reserva-se à filosofia, compondo um estudo racional da conduta humana, enquanto um “dever-ser”, o mais próximo do universal quão possível, com uma reflexão crítica acerca dos fundamentos e das coerências entre os mais diversos sistemas normativos; a moral, por sua vez, está relacionada às condutas aceitas pelas pessoas de uma dada comunidade, a moral é mutável no tempo e no espaço, enquanto a ética se aproxima de uma unidade racional de manifestação das condutas <sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Cf. ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução José A. Ceshin. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

<sup>73</sup> SCHMIDT, Adriano Vieira; TITTANEGRO, Gláucia Rita. A autonomia principialista comparada a autonomia do libertarismo. **Revista Pistis & Práxis**: teologia e pastoral (PUCPR). Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009, p. 178.

<sup>74</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>75</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 27-29.

Dito isso, para explicar o que se chama de estranhos morais, como sendo aquele pluralismo moral das comunidades, a bioética da permissão

é construída a partir do princípio da autonomia e serve, de certa forma, de ponto de partida para Engelhardt, já que todas as ações são guiadas pela razão e somente ela pode e deve guiá-las. Mas, com o nome de permissão ele quer mostrar que não somente a razão comanda este princípio[...], onde se deve levar em conta o contrato social estipulado entre pessoas e/ou entre as pessoas e o Estado. Este contrato é o consentimento [permissão] entre as partes conflitantes em um ponto comum onde todos deveriam concordar, mas respeitando a autonomia do outro em suas decisões autônomas e livres. [...]

O respeito pela autonomia de uma pessoa não deve chegar ao ponto de ferir a de outrem. Este respeito vai até o momento em que o sujeito não age contra este contrato, como seria o caso de pesquisas envolvendo seres humanos sem seu consentimento<sup>76</sup>.

O princípio da permissão, portanto, é a resposta para os estranhos morais chegarem a um consenso de forma racional. Sendo que ninguém poderia realizar atos sem o consentimento dos sujeitos que são “cobaias” nas pesquisas científicas (ou os sujeitos pesquisados), pois se estaria violando o princípio da permissão e seria colocado à margem da comunidade pacífica, ou do contrato consensual entre os estranhos morais<sup>77</sup>.

Para solucionar os conflitos sociais existiriam, ainda, quatro caminhos: o uso da força, converter o ponto de vista de uma parte ao da outra, uma argumentação sólida e racional que prevaleceria e o acordo. Dentre eles, somente um acordo pacífico conseguiria trazer legitimamente uma solução ao conflito, já que nem sempre existem argumentos racionais para determinar que um ponto de vista é melhor que o outro<sup>78</sup>.

Dentro desse acordo, jamais poderia se usar pessoas sem a sua permissão, não agir mal-intencionado se sempre tentar agir prudentemente, no sentido de buscar mais benefícios que danos<sup>79</sup>, onde, mais uma vez, encontramos referências dos princípios do respeito pela autonomia, não maleficência e beneficência, respectivamente.

<sup>76</sup> SCHMIDT, Adriano Vieira; TITTA NEGRO, Gláucia Rita. A autonomia principialista comparada a autonomia do libertarismo. **Revista Pistis & Práxis: teologia e pastoral (PUCPR)**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009, p. 179.

<sup>77</sup> ENGELHARDT JR, H. Tristam. **Fundamentos da bioética**. Tradução José A. Ceshin. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 67-110.

<sup>78</sup> FERRER; ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 211-214.

<sup>79</sup> ENGELHARDT JR, H. Tristam. A busca de uma moralidade global: bioética, guerras culturais e diversidade moral. In: ENGELHARDT JR, H. T. (Org.). **Bioética global: o colapso do consenso**. São Paulo: Paulinas: 2012, p. 54.

As críticas à bioética da permissão atingem principalmente o seu caráter extremamente liberal, visto que há valores e bens que não podem ser disponíveis em um acordo de vontades dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>80</sup>.

Ademais, Engelhardt “não justifica a opção pela resolução pacífica dos conflitos, dando a impressão de que a opção pela razão é completamente arbitrária. [...] A proposta de Engelhardt parte de um ceticismo radical diante da razão, que é [...] sumamente discutível. [Este ponto de vista] tem de ser questionado e rejeitado”<sup>81</sup>. E, apesar de demonstrar uma preocupação ética de conteúdos em torno dos acordos de vontades entre os estranhos morais, em ultimo caso, reduz-lhes às exigências do princípio da permissão<sup>82</sup>.

Mesmo admitindo que sem permissão ou consentimento não há autoridade moral, caberia estabelecer se há limites à legitimidade que a permissão pode conferir, ou seja, se a permissão basta para legitimar moralmente qualquer ação e se, no caso de existirem os limites, dever-se-ia de onde derivam. A nosso ver, o autor não responde satisfatoriamente a essas interrogações<sup>83</sup>.

A **bioética utilitarista**, nos moldes traçados por Peter Singer, o seu maior representante, defende que diante de uma situação conflituosa deve-se levar em consideração todos os interesses que estão envolvidos e, somente assim, poder-se-ia atingir uma igualdade na resolução do conflito, levantando as ideias do princípio da igual ponderação de interesses. Por meio deste princípio é que seria possível mensurar de forma igualitária as considerações morais relativas aos interesses daqueles que são atingidos pela conduta<sup>84</sup>.

Ainda, considerando os interesses envolvidos, o princípio da utilidade põe que as ações humanas são moralmente boas quando buscam o bem estar e a felicidade geral, minimizando e evitando o sofrimento da maior parte da sociedade, somente assim essas ações seriam moralmente aceitáveis<sup>85</sup>.

Singer propõe também o afastamento da perspectiva especista, isto é, defende-se a vida independentemente de qual espécie se pertença, humana ou não. E é justamente aí que se encontra a sua maior crítica. Prescindindo a espécie da qual se venha, são definidos critérios para dar proteção e valor à vida. Aquele que possuir autoconsciência, autocontrole, sentido de passado e futuro, capacidade de comunicação e relacional deverá ter salvaguardada a sua vida.

<sup>80</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 32.

<sup>81</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 234-235.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>83</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>84</sup> MEIRELLES. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

Esses são indicadores que, segundo estudos apontados pelo autor, não são exclusivos da espécie *homo sapiens*<sup>86</sup>.

Pelo caminho traçado pela teoria, animais não humanos “estariam amparados pelas garantias morais especiais que protegem a vida dos seres pessoais”<sup>87</sup>, por possuírem “graus de racionalidade e de autoconsciência suficientes para dar lugar a uma identidade individual, com sentido de passado e futuro [...]. Singer opina que deveria se estender aos chimpanzés, gorilas e orangotangos a proteção moral íntegra do princípio que proíbe tirar a vida das pessoas”<sup>88</sup>.

Não que aqui se entenda que a vida de animais não humanos não possui valor, ou não deva ser protegida, mas que a ela não deva ser conferido o mesmo peso e projeção da vida humana.

Com fulcro na teoria utilitarista, “argumentos que sustentam a proibição de lhes tirar a vida [animais não humanos] são fortes, pelo menos tão fortes como os argumentos para sustentar a proibição de tirar a vida de seres humanos [...] que estejam num nível de desenvolvimento intelectual equiparável ao dos animais em questão”<sup>89</sup>, como seres humanos que possuam sua capacidade mental deficiente.

Por fim, temos a **bioética da intervenção**. Esta, por sua vez, visa um olhar mais próximo das realidades e dos problemas da localidade onde irá atuar.

Construída a partir da constatação de uma realidade periférica, considerando os problemas persistentes em países da América Latina. A importância da sua abordagem reside no objetivo de sua formulação, que é promover o deslocamento das preocupações bioéticas para as realidades locais e singulares, no caso, para a perspectiva de países com problemas estruturais e questões persistentes em matéria de saúde<sup>90</sup>.

Dentro da bioética, sob o prisma intervencionista, cabe analisar dois conceitos necessários à orientação de ações concretas: o de bioética das situações emergentes e o de bioética das situações persistentes.

São conceitos amplamente empregados entre pensadores da bioética latino-americana por refletirem a condição vivida na região. A bioética das situações emergentes lida com questões decorrentes do desenvolvimento biotecnocientífico vivido pelo mundo nas últimas décadas. Como exemplos, são citados os problemas que envolvem os estudos dos conjuntos de diversos componentes celulares [...], as novas tecnologias reprodutivas e os transplantes de órgãos e tecidos com fins terapêuticos. Estes são problemas caros sob o ponto de vista financeiro. A bioética

<sup>86</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 32.

<sup>87</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 316.

<sup>88</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>89</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>90</sup> MEIRELLES. *Op. cit.*, p. 33.

das situações persistentes, por sua vez, está vinculada às condições que se mantêm nas sociedades humanas desde a antiguidade. Como exemplos, a exclusão social, a pobreza e as diferentes formas de discriminação. Estes são problemas caros sob o ponto de vista da dignidade da espécie humana, que vergonhosamente protela medidas compensatórias para esses males.<sup>91</sup>

Referente, ainda, a esses problemas persistentes encontrados nos países periféricos, principalmente com relação à inacessibilidade por parte de todos, ou da maioria, aos benefícios da Ciência, em especial, dos recursos em saúde, é que se ressaltam consequências diretas sob os conflitos de natureza bioética.<sup>92</sup>

Há uma preocupação, também, acerca das diversidades morais, onde a bioética deve ser construída conforme as necessidades singulares de cada sociedade, como uma forma de controle social sobre as práticas científicas.<sup>93</sup>

A matriz da intervenção foi idealizada, então, com base nos problemas e condições que envolvem a bioética das situações persistentes e que são constatados, notadamente, nos países com um desenvolvimento socioeconômico e cultural a quem do esperado, ou daquele atingido por outros países com melhor posição neste *ranking*.

Trata-se de um modelo novo que vem ganhando defensores e grandes destaques na comunidade científica dada à preocupação pontual com os problemas das comunidades. Contudo, não deixa de se pautar na beneficência e na justiça como incentivadores e fundamentadores de suas ações.

## 2.5 OS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

Como foi explicado em tópicos anteriores, este trabalho adota o principalíssimo enquanto principal matriz teórica da bioética e nele se baseia. Assim, como a bioética possui os princípios que lhe dão norte, o biodireito, como qualquer outro ramo jurídico, também possui princípios estruturais que o consolidam.

<sup>91</sup> CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. Bioética de Intervenção: uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades com grupos sociais vulneráveis. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, vol. 2, n. 4, 2006, p. 486-487.

<sup>92</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33.

<sup>93</sup> *Ibidem, loc. cit.*

E, malgrado bioética e biodireito sejam ordens normativas distintas, possuindo conteúdos diferentes, “uma tem sedimento na ética [...] e outro na lei em seu sentido estrito”<sup>94</sup>, há alguns princípios que lhes são comuns, já que comungam pautas similares e estão ligados uma a outro, o que também foi tratado previamente<sup>95</sup>. E é por esse caminho que se enumerará alguns princípios do biodireito, enquanto ramo jurídico autônomo, que dão poder coercitivo as teorias que foram elaboradas para a bioética.

Dentro do paradigma principiológico na bioética, os princípios que são semelhantemente empregados ao biodireito são: autonomia, beneficência e justiça. Mas, à eles são acrescentados outros, que com os mesmos interagem e os complementam.

O princípio da autonomia, ligado a autodeterminação e liberdade de cada um, onde as decisões sobre tratamentos e pesquisas médico-científicas devem ser tomadas conjuntamente dentro da relação médico/cientista-paciente/pesquisado, com os devidos esclarecimentos acerca dos procedimentos adotados e riscos e benefícios esperados<sup>96</sup>. Há autores que trazem o princípio ora analisado como sendo da “autonomia privada”, referindo-se à concessão de poderes deferidos às pessoas ao escolher se submeterem a determinados procedimentos médicos ou pesquisas, visto que o ordenamento jurídico delega uma enorme variedade de possibilidades de comportamento ao ser humano<sup>97</sup>.

O princípio da beneficência refere-se ao bem estar do paciente face à invasão que sofre em sua esfera biológica e jurídica por parte do autor do procedimento, que deve visar uma situação de melhora do sujeito passivo da relação, sendo que o médico ou cientista deve dirigir seu trabalho em prol da moral na pesquisa científica<sup>98</sup>, isto é, seguindo os princípios bioéticos. Aqui, ao se falar de beneficência, estaria inclusa a não maleficência, onde a beneficência ocuparia uma posição de destaque, visto que o tratamento deve se guiar pela melhora no quadro do paciente e não lhe fazer mal, os riscos devem ser previstos, ou previsíveis, e danos decorrentes de imperícia, imprudência ou negligência seriam reparados. Neste ponto de abordagem, há uma área de penumbra entre as distinções da beneficência e não maleficência.

---

<sup>94</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 34-35.

<sup>95</sup> Cf. tópico 2.2 deste trabalho.

<sup>96</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego F. D.. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

<sup>97</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 37.

<sup>98</sup> MALUF. *Op. cit., loc. cit.*

O princípio da justiça “refere-se à imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas, seja no âmbito nacional quando no internacional”<sup>99</sup>, onde todos deveriam ter acesso aos resultados de pesquisas científicas que beneficiam a humanidade<sup>100</sup>, independentemente de onde elas tenham sido feitas, os resultados devem aproveitar a todos. Pode-se, ainda, fazer a interseção com o que foi trazido pelo princípio da justiça no âmbito bioético de modo que não deve haver discriminação e os recursos científicos devem ser disponíveis a todos. Chegando-se ao caso recorrente da crescente demanda de necessidades humanas e a escassez de recursos na busca pela qualidade *vs.* quantidade no atendimento, bem como pautar-se na busca pela igualdade.

“O princípio da igualdade dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, isto quer dizer que, não obstante as pessoas possuam diferenças econômicas, culturais etc., devem ser tratadas igualmente pela lei, ou seja, devem ter sua vida, liberdade, integridade física e moral igualmente respeitadas. Este princípio guarda fortes semelhanças com o princípio bioético da justiça.”<sup>101</sup>

O princípio da sacralidade da vida ratifica a importância na proteção da vida quando ameaçada por atividades médico-científicas<sup>102</sup>, enquanto um dos precípuos escopos do biodireito, se não o mais, um dos mais relevantes dentro da disciplina.

O princípio da dignidade humana “deve ser sempre observado nas práticas médicas e biotecnológicas, visando a proteção da vida humana em sua magnitude. Liga-se este princípio ao da sacralidade da vida”<sup>103</sup>. Então, “ao se defrontar como novos horizontes, o homem deve realizar uma reflexão ética sobre os objetivos a alcançar e as possíveis consequências, e nenhum objetivo, por mais benéfico que seja, pode ser obtido através da ofensa ou degradação ao ser humano”<sup>104</sup> e à sua dignidade.

Temos o princípio da responsabilidade atuando quando encontrados abusos por parte dos cientistas e são invocados os limites na liberdade de pesquisas. Ele “revela que o dever jurídico em que se coloca a pessoa [o cientista], a fim de satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais impostas por seu descumprimento”<sup>105</sup>.

O princípio da cooperação entre os povos refere-se ao:

<sup>99</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego F. D.. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>101</sup> NAVARRO, Andreyana Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89.

<sup>102</sup> MALUF. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>103</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>104</sup> NAVARRO, *Op. cit.*, p. 101.

<sup>105</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 38.

livre intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre países, tendo em vista a preservação ambiental e das espécies. [...] Nesse sentido vemos que o princípio da cooperação entre os povos poderia ser exteriorizado frente à fiscalização das pesquisas científicas e na proteção do ser humano enquanto espécie e também no que tange à repartição dos custos e benefícios referentes às pesquisas científicas<sup>106</sup>.

O princípio da precaução, tal como foi elaborado, referente a outras áreas de conhecimento jurídico, vem se formar como um limite à ação do profissional/pesquisador, impondo-lhe atitudes de precaução em casos de risco de algum dano grave e/ou irreversível. Trata-se de um princípio que teve suas bases formuladas e incorporadas ao direito ambiental, devido a ECO-92<sup>107</sup>.

As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas [...] quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas [...] devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes [...] e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação [...] <sup>108</sup>.

Ao ser aplicado ao biodireito, entretanto, “sugere que se tomem cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas, [...] implicaria na impossibilidade de se efetuar qualquer pesquisa científica até que se comprove a inexistência de consequências maléficas”<sup>109</sup>.

Para completar, apresenta-se o princípio da ubiquidade. Ele retrata o “valor principal da proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade, do patrimônio genético. Deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona a introdução de uma política legislativa [...] nesse sentido. Visa a proteção constitucional da vida e da qualidade de vida”<sup>110</sup>.

Nesse sentido, há o art. 225, §1º, II, CF, que diz que todos têm direito à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar para as presentes e futuras gerações, cabendo ao poder público, ainda, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, fiscalizando as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

<sup>106</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego F. D.. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18-19.

<sup>107</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 36

<sup>108</sup> **Decreto Legislativo nº 1, de 1994**, artigo 3º. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

<sup>109</sup> MALUF. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 19-20.

Vale ressaltar que a base principiológica aqui evidenciada não é unânime dentro da doutrina especializada, vez que o biodireito não possui um documento oficial que trate dos seus princípios ou que, pelo menos, permita indicação e nomenclatura coincidente na doutrina e jurisprudência<sup>111</sup>. Os que foram tratados nesta pesquisa são resultados de uma junção de princípios propostos por alguns autores de renome na área.

Mas, enquanto ramo jurídico, é inegável que o biodireito possui princípios, com certa amplitude de conteúdo, que lhe conferem força normativa. Apesar de haverem variações quanto às nomenclaturas e aos âmbitos de atuação (como também são percebidos em diversos outros ramos do Direito), o respeito à autonomia, a proteção à dignidade, a beneficência e a justiça conferem certa unidade às teorias principiológicas trazidas para dar alicerce ao biodireito.

Recomenda-se, assim, uma leitura atenta ao tópico 2.3 deste trabalho, que trata dos princípios bioéticos, onde são tratados de modo mais detalhado. Lá é explicado de forma clara em que consistem os princípios do respeito à autonomia, beneficência, não maleficência e justiça; princípios que coincidem com alguns dos elaborados no biodireito. Tais princípios resplandecem a estrutura do biodireito e o guiam. No que se refere a dignidade da pessoa humana, ela será tratada mais à frente, contudo de forma mais relacionada com a autonomia privada.

Apesar de mostrarem o conteúdo similar, há, de certa forma, distinções entre o principialismo bioético e os princípios do biodireito que com ele coincidem. Ao passo que a bioética se baseia no “dever-ser”, naquilo que seria o ideal no que tange a atuação das pesquisas médicas e biotecnológicas; o biodireito foca a aplicabilidade concreta dessas normas direcionadoras de comportamento ético, visando uma unidade moral comportamental dentro de um ordenamento jurídico vigente.

Ao passo que primeiro surgiu a bioética e esta deu origem ao biodireito, que veio para regulamentá-la e decidir de fato o que pode ser feito ou não, é completamente compreensível que hajam conteúdos principiológicos que lhes sejam comuns, mas a aplicabilidade desses conteúdos será diferenciada em função dos diferentes objetos cognoscentes que cada disciplina atinge.

---

<sup>111</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 35-37.

Em outras palavras, a bioética mostrou uma base principiológica pautada em uma ética mais ampla e universal, o biodireito vem, ao fazer uso dos princípios consagrados pela bioética, aplica-los de acordo com os preceitos do ordenamento constitucional, civil e penal de cada país, o que não exclui este último de possuir princípios que lhe sejam próprios<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Somente para exemplificar brevemente, dentro do tema aqui tratado, no Brasil a possibilidade de se vender gametas reprodutivos humanos é proibida, mas em outros países trata-se de uma realidade lícita e amplamente utilizada; o mesmo raciocínio pode ser utilizado para a “barriga de aluguel”

### 3 A AUTONOMIA E O ESTADO

Desde que as primeiras tentativas de regulamentação e controle social surgiram, houveram também conflitos inevitáveis frente a manifestações volitivas individuais para alcançar determinadas finalidades.

A palavra autonomia significa “faculdade de se governar por si mesmo”<sup>113</sup> e autônomo é “que tem, ou em que há autonomia; que não depende do outro”<sup>114</sup>. Contudo, esta simples definição encontra esteio em diversas áreas do conhecimento, podendo se traduzir em princípios e regras jurídicas.

Autonomia é uma palavra de origem grega relacionada à independência e à liberdade de autogerir-se de modo racional, responsabilizando-se por suas próprias decisões; ter a liberdade de tomar as próprias decisões de forma responsável<sup>115</sup>.

Em filosofia, autonomia é um conceito que determina a liberdade de um indivíduo em gerir livremente a sua vida, efetuando racionalmente as suas próprias escolhas. Neste caso, a autonomia indica uma realidade que é dirigida por uma lei própria, que apesar de ser diferente das outras, não é incompatível com elas<sup>116</sup>.

No ordenamento brasileiro, por sua vez, uma das manifestações da autonomia se refere à liberdade, onde, em seu artigo 5º, a CF põe como um direito fundamental, o direito individual à liberdade. Essa liberdade constitucional pode ser traduzida de diversas formas, em diversos ramos do direito, contudo, devido ao corte epistemológico deste trabalho, a análise da liberdade, ora sobre o prisma da autonomia, restringir-se-á aos temas que guardem relevância e simetria com o biodireito, enquanto se analisa o tema proposto.

Ademais, quando, em seu art. 1º, a CF define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, ela quer dizer que além de ser de Direito, constituído legitimamente, em conformidade com o direito, o Estado tem que ser democrático, ou seja, buscar a justiça social, pois vem fundado na dignidade da pessoa humana<sup>117</sup>.

O Direito no Estado Democrático deve ser visto como um sistema aberto de regras e princípios que, em decorrência da sua flexibilidade, tende a **reconhecer e dar**

<sup>113</sup> AUTONOMIA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MiniAurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6 ed., 10ª impressão. Curitiba: Positivo, 2004, p. 155.

<sup>114</sup> AUTÔNOMO. *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>115</sup> SIGNIFICADO de autonomia. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/autonomia/>>. Acesso em: 25 abr. 2016, p. 1.

<sup>116</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>117</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009, p. 258.

**amparo aos mais variados projetos de vida** que se revelam na sociedade da Alta-Modernidade, graças ao reconhecimento e legitimação da autonomia privada<sup>118</sup>.

Esse projeto de Estado Democrático de Direito reconhece que a “autonomia privada deve ser privilegiada e vista como fundamento democrático do Direito Privado da alta-modernidade. O reconhecimento moderno da pessoa humana e a sua valorização no decorrer dos tempos fizeram com que ela assumisse papel central na fundamentação do Direito”<sup>119</sup>. Assim, favorecidos por conta de uma sociedade capitalista “a inclusão buscada [...] [nesse Estado] deve ser vista a partir do reconhecimento dos variados projetos de vida e a co-vivência entre eles”<sup>120</sup>.

E é a partir da convivência entre as liberdades fundamentais individuais (variadas formas de autonomia) e o poder público coercitivo exercido por um Estado Democrático de Direito que se tenta solucionar as questões oriundas de uma pluralidade moral dentro de uma sociedade capitalista e globalizada, dentre eles, o tema em debate.

Os direitos humanos, por sua conta, têm a ver com a defesa do próprio indivíduo contra as arbitrariedades do exercício de poderes, entre eles, o exercício do poder do Estado. Por esse caminho, o sistema jurídico mira como precípua escopo assegurar a preservação da liberdade do indivíduo diante da ameaça constante de sua negação. Ela, a liberdade, torna-se no conceito fundador dos direitos humanos.<sup>121</sup>

No decorrer deste capítulo, então, serão levantados enunciados que versam sobre algumas das formas de atuação e exercício da autonomia e a sua relação com o Estado, que, sob a égide de normas jurídicas, restringe a atividade humana e o autorregramento volitivo assegurado pela Constituição.

---

<sup>118</sup> MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. *In*: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**: “Pensar globalmente, agir localmente”. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh)>. Acesso em: 28 maio 2016, p. 100.

<sup>119</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>121</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 60.

### 3.1 AUTONOMIA E DIGNIDADE

Logo em seu art. 1º, a CF põe como um dos fundamentos da República brasileira a dignidade da pessoa humana. Este é um dos princípios pátrios de maior relevância dentro do ordenamento, consagrado, também, no patamar internacional.

É da dimensão humana do direito que deflui a importância da pessoa e o seu reconhecimento como valor fundamental da ordem jurídica. “No conjunto dos valores supremos da sociedade e da ordem jurídica brasileira, a pessoa humana é o valor prioritário, a que se seguem a justiça, a segurança e o bem comum.”<sup>122</sup>

Contudo, não se fará há uma análise histórica e ontológica desse princípio que se envereda por quase todos, se não todos, os ramos jurídicos. Esta pesquisa irá se restringir a explicar a importância do respeito à autonomia privada na construção de uma existência digna em sua plenitude, fornecendo apenas uma sucinta conceituação do princípio da dignidade humana.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre **sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos**. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher [sendo oportuno lembrar que, atualmente, incluem-se no conceito de família a união estável entre pessoas do mesmo sexo que já pode ser convertida em casamento e também a que é formada a partir da convivência de pessoas com grau de parentesco e munidos do requisito da *affectio familiae*], pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [ou do indivíduo], competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições estaduais ou privadas (CF, art. 226, §7º). O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da **dignidade da pessoa humana** apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a **dignidade** de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique*

<sup>122</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 3

*tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução nº 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo<sup>123</sup>.

Tal princípio ocupa o centro do ordenamento e “o ser humano é o seu mais importante protagonista. A dignidade humana, para ser efetiva, exige o respeito aos direitos fundamentais e impõe a exclusão de qualquer espécie de coação ilegal externa que impeça o desenvolvimento da personalidade.”<sup>124</sup>

Pode-se concluir, então, que uma das maneiras de ofender a dignidade humana é consequente da restrição do exercício das liberdades individuais, asseguradas como direitos fundamentais pela CF, por parte do Estado e seu poder cogente que por vezes não encontra um amparo legítimo sustentável.

Para que haja um pleno respeito à dignidade humana, portanto, é preciso que se reconheça a autonomia privada, que está englobada pelo direito à liberdade:

A consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada é o respeito à dignidade humana, eis que assim se torna possível o reconhecimento da potencialidade da pessoa humana em se autodeterminar como interlocutor numa rede de interlocutores, isto é, como merecedora de respeito. É inegável que a adoção de qualquer postura reveladora do exercício de liberdades e não liberdades, argumentativamente construídas, possibilitarão que a dignidade seja evidenciada<sup>125</sup>.

Vale dizer, ainda, que quando, no primeiro capítulo, tratou-se do princípio bioético da autonomia, que garante a liberdade consciente de decidir no âmbito médico, de pesquisas científicas e biotecnológico é possível sustentar que ele seja abrangido pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>126</sup>, ofendê-lo, portanto, implica em ofender a própria dignidade.

<sup>123</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60-61, grifo do autor.

<sup>124</sup> CRUZ, Edmir Jose Menezes; PEIXINHO, Manoel Messias; VELASCO, Carolina Altoe. Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia. In: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**: “Pensar globalmente, agir localmente”. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh)>. Acesso em: 28 maio, p. 75.

<sup>125</sup> MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. In: *Ibidem*, p. 113.

<sup>126</sup> NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 88.

## 3.2 A AUTONOMIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Do caráter humano e social do Direito e, por conseguinte, da regra jurídica, atuando dentro de uma dimensão intersubjetiva, resulta o reconhecimento da relação jurídica como categoria básica do direito privado<sup>127</sup>, que, por sua vez, confere às pessoas físicas e jurídicas um considerável poder para constituir e gerir negócios jurídicos.

Ao se tratar do autorregramento da vontade, os sujeitos do negócio jurídico consultam suas necessidades, propósitos e tendências pessoais para exercer esse poder e conferir-lhe eficácia jurídica. Todavia, o Estado, fazendo uso de regramentos jurídicos, veda alguns atos, limitando a atividade humana e sua livre iniciativa individual<sup>128</sup>.

Ainda neste contexto, percebe-se que dentro do reino da liberdade, ainda que a autonomia sirva como fundamentação dessa liberdade, há uma problemática em face da coexistência das liberdades individuais, manifestações de distintas exteriorizações da autonomia. Onde, o direito se encontra vinculado à ideia de coercitividade, o que poderia implicar na negação da própria autonomia.<sup>129</sup>

E é dentro dessa problematização que seguirá o desenvolver desta seção, mostrando pontos de intersecção entre a autonomia do ser humano face o Estado Regulador diante de uma sistemática civil-constitucional.

### 3.2.1 Autorregramento da vontade, boa-fé e função social: principiologia

A partir do que foi exposto acima, e dando continuidade ao tema que trata da autonomia, enquanto parte integrante do direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), não se pode falar em autonomia, ou liberdade, sem tratar do autorregramento da vontade que tem, dentro do Direito, o seu maior expoente nos negócios jurídicos, mais especificadamente, os contratos.

<sup>127</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 3.

<sup>128</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XXIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 5-7.

<sup>129</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 40-41.

“No paradigma voluntarista o contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade”<sup>130</sup>, ou seja, para termos um contrato, essa limitação da liberdade individual tem que ser espontânea, voluntária. Contudo, à ela não é dado caráter absoluto, o poder público restringe essa liberdade de autorregramento volitivo humano.

O contrato, desse modo, é parte fundamental da pesquisa, uma vez que a cessão de gametas humanos se trata de um contrato e aqui se quer questionar, justamente, o caráter gratuito ditado pelo CFM e ventilar a possível onerosidade daquele negócio jurídico.

Entretanto, para melhor entender a proposta feita é necessário esclarecer os princípios que regem a teoria contratual, ao passo que se explicará no que consiste a liberdade de contratar, sua abrangência, a nova interpretação que lhe foi conferida, a qual representa ressalvas feitas pela Constituição.

Quando iluminamos o direito contratual com o direito constitucional fundamental à liberdade, podemos enumerar os princípios clássicos que nele estão inclusos: a autonomia (ou liberdade) negocial<sup>131, 132</sup>, força obrigatória do contrato, relatividade subjetiva dos efeitos contratuais; e, posteriormente, devido a uma nova interpretação do direito civil, pautado na dignidade da pessoa humana, temos os princípios da função social dos contratos, equivalência material e boa-fé objetiva<sup>133</sup>.

Tais princípios encontram força normativa devido à teoria da eficácia horizontal, ou aplicabilidade direta, dos direitos fundamentais às relações privadas, como parte do desdobramento da constitucionalização do direito civil, isto é, a leitura do código civil segundo e conforme a Constituição<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 117.

<sup>131</sup> Nesta pesquisa, ao tratar do princípio que abrange a autonomia/liberdade de contratar, a nomenclatura “autonomia negocial” é usada em detrimento da locução “autonomia contratual” ou “liberdade contratual”, pois esta abrange apenas as manifestações econômicas realizadas em negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais. Já ao se falar em “autonomia negocial”, que é uma locução mais ampla e completa que a outra, ela é capaz de se referir a atos volitivos em negócios com estrutura unilateral e, também, não patrimonial. (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Org. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 338).

<sup>132</sup> O princípio clássico da teoria dos contratos, derivado da autonomia da vontade, que será abordada mais à frente, é o da autonomia/liberdade contratual. Contudo, como será demonstrado na próxima seção, a autonomia da vontade sucumbe à autonomia privada, sendo que a locução “autonomia negocial” é mais atual e coaduna com os conceitos trazidos pelo princípio da autonomia privada.

<sup>133</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 28.

<sup>134</sup> Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-47.

### 3.2.1.1 A autonomia aplicada aos contratos

Quando o CC, em seu art. 421, fala que há a liberdade de contratar, conclui-se que não existe contrato sem autonomia. Mesmo que esta tenha que ser exercida dentro dos limites da função social, não se irá neutralizar a livre iniciativa das partes<sup>135</sup>. Ao passo que o ordenamento confere ao jurisdicionado a liberdade de contratar, mais uma vez, dando eficácia ao mandamento do art. 5º, *caput*, CF, confere-lhe uma ampla autonomia na confecção deste negócio jurídico, determinado a partir do autorregramento da vontade humana, definindo obrigações a serem satisfeitas.

A liberdade de contratar, tratada aqui como autonomia negocial, enquanto princípio do domínio contratual, abrange tanto a liberdade de poder ou não contratar, e com quem se vai contratar, quanto a liberdade de escolher o conteúdo do contrato a ser formado.<sup>136</sup> Esta liberdade, quanto ao conteúdo acordado, é confirmada pelo próprio CC, no art. 425: “é lícito às partes estipular contratos atípicos”.

Derivando dessa autonomia negocial, em razão de um pacto firmado, a força cogente proveniente de um acordo entre duas ou mais partes, reflete o princípio *pacta sunt servanda*. Seria a natural obrigatoriedade proveniente do trato, que vincularia as partes ao que fora convencionado. O contrato forma lei entre as partes<sup>137</sup>.

Em princípio, ninguém é obrigado a se vincular, mas, se o indivíduo assim o fizer, o contrato deverá ser cumprido em todos os seus termos. A confiança na palavra empenhada impede que uma das partes se exima das suas obrigações, exceto com a aquiescência da contraparte. [...] Em uma linguagem mais próxima do perfil civil-constitucional, sendo o contrato o mecanismo mais propício de concretização da ordem econômica edificada na Lei Maior (art. 170, CF), a força obrigatória do contrato simboliza um ambiente social de confiança na segura circulação de bens e serviços<sup>138</sup>.

Tal princípio não pode ser, contudo, absoluto, encontrando relatividade dentro das próprias normas do CC, que adota a teoria da imprevisão<sup>139</sup>, permitindo rever as cláusulas contratuais, e proíbe acordar sobre objeto ilícito<sup>140</sup>, para se citar alguns exemplos.

<sup>135</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 33-34.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 38-39.

<sup>138</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 131.

<sup>139</sup> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. BRASIL.

Na aurora do século XXI, uma das tarefas da doutrina civilista consiste em remodelar as bases da força obrigatória dos contratos. Conciliar o novo com o velho, reformar sem destruir, compreendendo que, à luz do fenômeno da funcionalização da autonomia negocial às exigências constitucionais, o contrato será um projeto edificado por três atores: as partes, o legislador e o magistrado. O útil representando o interesse econômico dos contratantes, e o justo simbolizando o interesse do ordenamento jurídico em que o negócio jurídico produza positiva repercussão social<sup>141</sup>.

O princípio da relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos, diz que, como regra geral, os contratos somente operam efeitos entres as partes contratantes, uma vez que parte de manifestações espontâneas de vontades para assumir livremente obrigações<sup>142</sup> e, em princípio, não devem atingir terceiros que não figurem naquela convenção. Mas esta se trata de uma regra geral, comportando exceções, com a estipulação de contratos em favor de terceiros<sup>143</sup>, por exemplo.

### 3.2.1.2 Boa-fé objetiva e função social dos contratos

Como se pode notar, os três princípios trazidos acima (autonomia, força normativa contratual e relatividade subjetiva) refletem melhor a faceta liberalista do paradigma contratual, pondo em foco a liberdade de contratar e os efeitos jurídicos decorrentes do pacto firmado, conferindo-lhe segurança jurídica. Contudo, como fora abordado acima, o CC encontra limite na Constituição e deve ser interpretado segundo e conforme a mesma. Dado o caráter expressivamente liberal e voluntarista daqueles princípios, há uma ordem social que fará com que eles sejam aplicados buscando a justiça social, juntando-se-lhes à boa-fé objetiva e a função social.

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. [...] O fenômeno da socialização do contrato (função social) e o reconhecimento da boa-fé objetiva são mais do que simples parâmetros interpretativos, traduzindo, sobretudo, normas jurídicas (princípios) de conteúdo

---

**Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>140</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável. *Ibid.*

<sup>141</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos: teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 132.

<sup>142</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 40 -41.

<sup>143</sup> BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2016, atrs. 436-438.

indeterminado e natureza cogente, que devem ser observadas pelas partes no contrato que celebram. [...] A boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de [...] também admitir a sua força principiológica, que já encontrava acento na própria Constituição Federal<sup>144</sup>.

Desse modo, as manifestações volitivas na esfera contratual foram submetidas paulatinamente a um rearranjo. “A abordagem clássica à disciplina contratual sucumbiu, primeiramente por ascendência de orientações reguladoras, atentas à questão do bem-estar social do *welfare state*<sup>145</sup> e, mais recentemente, perante uma visão renovada do direito civil na ótica principiológica das Constituições”<sup>146</sup>.

Assim, a função social do contrato toma contorno ao passo que o Estado sai da posição de mero expectador da ambiência econômica e passa a adotar uma postura mais intervencionista; sai de cena o Estado liberal, dando lugar ao Estado Social<sup>147</sup>.

Dizer que um contrato cumpre com a sua função social, é mostrar preocupação com a sua finalidade, isto é, levar em consideração o porquê daquele contrato ter sido feito e para que ele serve, não restringindo-se à livre-iniciativa volitiva das partes e aos seus aspectos meramente patrimoniais<sup>148</sup>.

O ordenamento civil-constitucional não quer que o contrato ‘seja abstrato’, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas ‘causal’, cumpridor de uma função social. A Constituição Federal não restringe a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. NA ótica solidarista, a autonomia negocial se condiciona a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma a que o contrato não se restrinja às “vestes da circulação econômica”, mas que, simultaneamente, atue como instrumento a serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage<sup>149</sup>.

A função social do contrato se manifesta, também, na relação jurídica entre as partes impondo-lhes lealdade ao que foi pactuado com base na confiança entre as mesmas, para que haja a segurança de cumprir-se o estipulado, revelando um ambiente de confiança que impulsionará a iniciativa econômica, respeito à boa fé objetiva (referente ao relacionamento travado entre os sujeitos do negócio jurídico) e a equivalência material. E, também, ela se

<sup>144</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 43-44.

<sup>145</sup> O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. CANCIAN, Renato. **Estado do bem-estar social**: História e crise do *welfare state*. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/>>. Acesso em: 03 maio 16, p. 1.

<sup>146</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos: teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 117.

<sup>147</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>148</sup> FARIAS; ROSENVALD. *Op. cit.*, p. 122-123.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 123.

manifesta em face da coletividade na qual atua, em virtude do impacto que nela gera <sup>150</sup>, de modo a respeitar a leis ambientais, trabalhistas, livre concorrência, direitos do consumidor <sup>151</sup>.

Ainda, terceiros também devem respeitar os efeitos do pacto no meio social por ter “relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade”<sup>152</sup>.

À luz da função social do contrato é possível chegar a conclusão de que os contratos produzem efeitos, de duas formas distintas, ampliando a abrangência da relatividade subjetiva, tratada anteriormente. O primeiro, a eficácia diz respeito aos próprios contratantes, que é o efeito normal. O segundo efeito conecta-se à coletividade, ora para protegê-la das obrigações contraídas pelos contratantes, ora para atribuir responsabilidade aos não-contratantes que possam vir a ofender o pacto <sup>153</sup>.

“O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”<sup>154</sup>. O contrato, dessa maneira, deixa de ser apenas “um instrumento de manifestação privada de vontade” <sup>155</sup> para ser um “elemento socialmente agregador” <sup>156</sup>.

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que **o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas** <sup>157</sup>.

Quanto ao princípio da equivalência material, também conhecido como princípio da justiça contratual, alguns autores entendem-no como princípio autônomo da teoria geral dos contratos, outros como um corolário da função social e da boa-fé objetiva. Aqui, entende-se

<sup>150</sup> THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43-51.

<sup>151</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 47.

<sup>152</sup> THEODORO JR. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 44-45.

<sup>154</sup> LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 2 maio 2016, p. 4.

<sup>155</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>156</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>157</sup> LÔBO, *Op. cit.*, p. 6, sem grifo no original.

que o segundo posicionamento é o mais adequado, visto que para que haja uma justiça dentro do acordo firmado, um equilíbrio material entre os contratantes e dos deveres e direitos acordados, há de se olhar para os ditames da função social e da boa-fé.

Já o princípio da boa-fé objetiva defende que “as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum”<sup>158</sup>. A boa-fé objetiva está “umbilicalmente ligada à eticidade que se espera seja observada em nossa ordem social”<sup>159</sup>. Ele se refere à conduta das partes, que devem agir da maneira moralmente mais recomendada e socialmente mais útil.

Em outras palavras, além de não se querer fazer o mal ou não prejudicar (boa-fé subjetiva), deve-se agir modo a beneficiar a consecução do pacto e o que dele decorrer, agindo-se com lealdade, confiança e ética na realização e interpretação dos contratos.

### 3.2.2 O reconhecimento da autonomia privada

Para dar continuidade ao desenvolvimento desta pesquisa, após se passar pela principiologia que envolve a teoria contratual, faz-se necessária uma breve distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, definindo-as.

Como foi visto anteriormente, o conceito de autonomia é muito amplo e, mesmo quando transportada ao campo do Direito, pode possuir inúmeros desdobramentos. Deste modo, ainda, dentro de um conceito mais amplo de autonomia jurídica individual, tanto a autonomia da vontade quanto a autonomia privada naquela estão contidas e, apesar do uso indiscriminado dessas locuções, elas possuem diferenças que merecerão ser esclarecidas a seguir.

Quando se fala em uma autonomia (jurídica) individual, em sentido amplo, ela significa a faculdade de agir lícitamente, onde a ausência de proibição consistiria na licitude da conduta. Já o conceito de autonomia privada (e da autonomia da vontade, preceito que vem caindo em

---

<sup>158</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1, p. 68.

<sup>159</sup> *Ibid.*, loc. cit.

desuso) é mais restrito, pois, corresponde ao poder de realizar negócios jurídicos, seria a liberdade negocial<sup>160</sup>, que fora demonstrada, anteriormente, como princípio contratual.

A autonomia individual das pessoas quanto à autorregulamentação dos seus próprios interesses, trata-se de uma prática social que, ao ser reconhecida pelo direito, se transforma em autonomia jurídica privada<sup>161</sup>.

Ainda, é válido dizer que o direito possui mecanismos de avaliação da função prática desse autorregramento volitivo, antes que seja sancionado enquanto negócio jurídico. Tal mecanismo cuida-se de avaliar a relação convencionada pelas partes, podendo julgar-lhe de três maneiras: pode ignorar o negócio, sem conferi-lo a qualidade jurídica; pode reconhecer o negócio como jurídico, tutelando-o ou pode classifica-lo como ilícito, caso no qual o negócio será combatido pelo ordenamento jurídico<sup>162</sup>.

Quanto à distinção de duas manifestações da autonomia, mencionada na apresentação deste tópico, temos que a liberdade contratual, em seus moldes clássicos, ou seja, sem o discernimento que envolve uma justiça social, trata-se da “manifestação da autonomia da vontade no domínio dos contratos”<sup>163</sup>. Foi por esse motivo que, no presente trabalho, optou-se por tratar o referido princípio como autonomia ou liberdade negocial, escolha que agora será mais detalhadamente explicada<sup>164</sup>.

Já a autonomia privada pode ser definida como “o poder concebido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”<sup>165</sup>. Em resumo:

Neste percurso rumo a um direito privado humanizado e, porque não dizer, civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada da autonomia privada, atada aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF) e da ordem econômica (art. 170, CF). A autonomia privada é forjada na liberdade do ser humano de edificar a sua própria vida, exercendo o seu consentimento em suas escolhas existenciais e no desenvolvimento das relações patrimoniais<sup>166</sup>.

Entretanto, é possível traçar pontos que se tangenciam dentro de ambos os conceitos:

O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada, subjacente a todo direito privado. A autonomia da

<sup>160</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 46-47.

<sup>161</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, tomo 1, p. 96-101.

<sup>162</sup> Cf. *Ibid.*, *passim*.

<sup>163</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 88-89.

<sup>164</sup> Cf. notas de n. 131 e 132, dentro do tópico 3.2.1 deste trabalho, p. 43.

<sup>165</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 119.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 118.

vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas <sup>167</sup>.

São nas distinções, contudo, que se forçará a evolução deste tópico.

A autonomia da vontade, refletida por meio do liberalismo estatal, concebia o “vínculo contratual como resultado de simples fusão entre manifestações de vontade”, sendo o único fundamento da vinculatividade. Ela “era absoluta, como valor em si, abstratamente conferida a todos”, restando “despicienda a perquirição acerca das razões que as partes perseguem e das suas finalidades, pois imperava o anticausalismo” <sup>168</sup>.

A autonomia da vontade subjaz à ideia de contrato como uma submissão do indivíduo à opcional limitação da sua própria liberdade. Por esse caminho, a ideologia da autonomia da vontade gira em torno de 3 princípios: liberdade contratual, intangibilidade do pacto (*pacta sunt servanda*) e a relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos <sup>169</sup>.

A passagem do estruturalismo ao funcionalismo impacta sobremaneira o modelo jurídico ora focado. Em sede de **autonomia privada**, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida à regulamentação legal, a fim de que realize interesses dignos de tutela. Cuida-se da **funcionalização do contrato**. Vale dizer, sendo o direito um meio de promoção de determinadas finalidades, o negócio jurídico somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar os fins a que se propõe o direito, basicamente a **harmônica convivência entre justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana**. [...] Isto implica aceitar que a **liberdade dos sujeitos de direito é circunscrita pelos valores constitucionais** <sup>170</sup>.

Nesse sentido, o CJF <sup>171</sup> elaborou o enunciado de n. 23: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Ademais, é importante esclarecer que a **autonomia privada** vai além dos negócios jurídicos patrimoniais, trata-se, pois, do próprio exercício da liberdade, configurando-se como um **instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana**. Explicando melhor, ela “não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica (art. 170,

<sup>167</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 89.

<sup>168</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 120.

<sup>169</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>171</sup> CONCELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada De Direito Civil: Enunciados Aprovados**. Realizada em Brasília, dias 12 e 13 set. 2002. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 03 maio 16.

CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas de personalidades, concretizando os seus projetos espirituais (art. 1º, III, CF)”<sup>172</sup>. É o que se chama de autonomia existencial.

Sendo por este caminho que, nos próximos tópicos, se desenvolverá a ideia de bens de personalidade como passíveis de figurar em negócios jurídicos, por força da autonomia privada, enquanto objetos de direito. Contudo, antes de se passar para esta etapa, melhor se esclarecerá o contorno tomado pela autonomia existencial, que está contida na autonomia privada.

A **tutela dos direitos da personalidade** não se exaure na proteção do indivíduo contra o Estado ou em face de outros particulares. Esta é apenas a tutela negativa da dignidade da pessoa humana. Mas há outra faceta: a tutela positiva. Por seu intermédio, **defere-se ao ser humano o poder de gerir a sua vida**. Este é o poder positivo exercido por meio da autonomia privada<sup>173</sup>.

Em sede de autonomia privada, então, as situações subjetivas existenciais, referentes a bens de personalidade, passam a transitar pela esfera dos negócios jurídicos. Para tanto, o objeto dessas situações existenciais constituem-se como os atributos intrínsecos da pessoa, ou seja, aquele conjunto de bens nos quais se manifestam os próprios direitos da personalidade<sup>174</sup>.

### 3.2.3 Objetos de direito e expressões da personalidade

Após o estudo da principiologia que envolve o direito contratual e de se ter esclarecido o instituto da autonomia privada, é necessário, para o desenvolvimento deste trabalho, investigar algumas noções sobre os bens da vida que possam ser encarados como objetos de direito e se, ou até que ponto, os direitos da personalidade podem se tornar alvo de negócios jurídicos.

Para tanto, será feita uma breve abordagem acerca do conceito de bens, acrescida a análise da possibilidade de direitos da personalidade serem tratados como objetos de direito e, em seguida, será debatida a influência da autonomia privada nesses bens de personalidade e sua respectiva disponibilidade.

---

<sup>172</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 125.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 126, sem grifo no original.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 125-126.

### 3.2.3.1 Bens de personalidade como bens jurídicos

Passando pela diretriz mencionada acima, ao falar sobre os de bens da vida que interessam à atividade humana, há de se discutir o conceito erigido no âmbito das ciências econômicas.

A ideia de bens econômicos transita pela escassez dos recursos disponíveis, são bens escassos diante das necessidades humanas ilimitadas, trata-se da lei da oferta e da procura, base de qualquer valoração de bens dentro de um mercado econômico. “Bem, para a economia, será tudo o que for capaz de satisfazer uma necessidade humana e que seja escasso”<sup>175</sup>.

Já no plano legal, o bem jurídico *latu sensu* vem a ser tudo o que pode ser objeto de direito e não exige, como regra, patrimonialidade (ela pode estar presente ou não), isto é, que seja passível de figurar em uma relação, ou situação, jurídica sob a titularidade jurídica e concreta de um sujeito de direito<sup>176</sup> (bem jurídico coincide, aqui, com objeto de direito), em uma conotação mais restrita, no entanto, refere-se a bens patrimoniais, concernindo toda propriedade (patrimônio), corpórea ou incorpórea, que possa ser convertida em pecúnia<sup>177</sup>.

O conceito de bem jurídico que exsurge das normas constitucionais e civis **não exige sempre a presença de certas características próprias dos bens econômicos**. Assim, a patrimonialidade do bem (ou sua economicidade) e sua limitabilidade (ou raridade) não fazem com que algo seja considerado bem jurídico, assim como suas ausências não proibem que certo bem possa ser tratado como bem jurídico. [...]

Nesse sentido amplo de bem jurídico **não entram**, necessariamente, para a sua caracterização, a economicidade, a limitabilidade e a transmissibilidade, apontadas por alguns autores como indispensáveis para a identificação de um bem jurídico<sup>178</sup>.

Partindo-se de uma visão geral do ordenamento jurídico atual, é perceptível que a ideia de bem jurídico ultrapasse a definição de bem econômico, tendente a se ampliar, notadamente devido à codificação dos direitos da personalidade<sup>179</sup>, categoria na qual estão contidos, ou seja, bens jurídicos em sentido amplo, que podem possuir ou não jaez patrimonial.

Os modos de ser da pessoa na vida social, isto é, os atributos da personalidade (imagem, identidade, nome, privacidade etc.), incluem-se, portanto, no grupo dos bens jurídicos em sentido amplo, podendo figurar como objetos de direito. Os bens da personalidade são objeto

<sup>175</sup> Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 37-38.

<sup>176</sup> Não significa ser objeto de direito real.

<sup>177</sup> BORGES. *Op. cit.*, p. 38-42.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 39-40, sem grifo no original.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 40-42.

dos direitos da personalidade, que, ao serem objetivados, correspondem a direitos subjetivos<sup>180</sup>.

É claro assentir, portanto, que os atributos da personalidade podem ser objeto de relação jurídica e de negócio jurídico, considerando que esses modos de ser sociais (físicos ou morais) estabelecem bens da personalidade. Em sentido contrário, todavia, alguns autores contestam veementemente a legitimidade da figura dos direitos sobre a própria pessoa (*iura in se ipsum*). Tal categoria seria logicamente absurda caso lavasse a distinguir, no homem, duas pessoas, uma delas sujeito e a outra objeto dos seus direitos de personalidade e, também, poder-se-ia considerá-la moralmente insustentável caso levasse ao reconhecimento da legitimidade do suicídio, da automutilação, da escravidão consentida etc<sup>181</sup>.

Por meio dos direitos da personalidade, a lei protege os indivíduos contra ilícita ofensa e ameaça de ofensa às suas personalidades físicas ou morais, concretizando, assim, alguns direitos sobre certos aspectos da personalidade<sup>182</sup>.

Pode, todavia, afirmar-se nada se opor à aplicação a categoria “relação jurídica” ao enquadramento dessa matéria legal. E, sendo assim, pode sustentar-se a existência dum direito sobre a própria pessoa (ou melhor, de **vários direitos sobre distintos modos de ser físicos ou morais da pessoa, ou bens da personalidade**, pois o objeto da relação jurídica deve ser sempre um bem). Tal figura nem será ilógica, pois o direito subjetivo é um poder ideal da vontade e até o poder material da vontade humana não se estende ao mundo exterior, mas abrange a própria pessoa do homem que é o sujeito dessa vontade, nem nos vinculará a consequências moralmente absurdas, pois tais direitos devem ter-se como irrenunciáveis e insusceptíveis de limitação voluntária, quando esta for contrária à ordem pública<sup>183</sup>.

“A concepção unitária de pessoa não impede que o tratamento jurídico das várias expressões da personalidade aconteça de forma recortada, como, aliás, é comum na legislação e doutrina brasileiras”<sup>184</sup>.

Ademais, “a ideia de bem econômico localiza este externamente ao sujeito que o procura. Esta externalidade não é característica dos bens jurídicos da personalidade, o que não afasta a possibilidade de configurarem como bens jurídicos”<sup>185</sup>, ou seja, é admissível que os direitos de personalidade possam recair sobre atributos da própria pessoa do titular, sem que haja a necessidade de existir um bem externo que viesse a ser objeto de direito.

<sup>180</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 40.

<sup>181</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 337-338.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 338, grifo do autor.

<sup>184</sup> BORGES. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>185</sup> *Cf. Ibid.*, p. 44.

São bens jurídicos os próprios atributos da personalidade, o que **não implica afirmar que a pessoa se tornou objeto de direito**. A pessoa titular desses atributos é titular desses bens e sujeito portador do desejo ou necessidade, interesse juridicamente tutelado, de gozá-los ou utilizá-los. Na hipótese em exame, o titular traz o bem consigo mesmo, é uma expressão sua, mas não se confunde com o próprio sujeito. [...]

Os **atributos da personalidade** podem, dessa forma, como bens jurídicos, ou objetos de direito, ser submetidos a relações jurídicas, a situações jurídicas e até a **negócios jurídicos, principais instrumentos da autonomia privada das pessoas**<sup>186</sup>.

Fazendo uso do raciocínio dedutivo, trazido pela filosofia, para esclarecer o conceito de bem jurídico adotado nesta pesquisa: bem jurídico é tudo que possa ser objeto de direito; direitos de personalidade são objetos de direito; logo, direitos de personalidade constituem bens jurídicos.

### 3.2.3.2 A disponibilidade nos direitos da personalidade

Diante de toda a construção argumentativa que foi feita até aqui acerca de uma interpretação constitucionalizada do direito civil e, conseqüentemente, dos direitos da personalidade, podendo ser encarados como bens jurídicos atuantes na esfera negocial, pode-se admitir a sua relativa disponibilidade, visto que a dignidade humana, calcada em um direito de autodeterminação pessoal, confere à autonomia existencial mobilidade suficiente para ingressar em consensos volitivos entre sujeitos de direito, a fim de desenvolver a sua própria personalidade, ou seja, houve uma ampliação da incidência dos atos de autonomia que passaram a transitar nas situações subjetivas existenciais. É um verdadeiro dever de promoção da dignidade<sup>187</sup>.

Sendo importante destacar que “o objeto das situações existenciais são os atributos intrínsecos da pessoa, o conjunto de bens em que se manifesta a personalidade. A particularidade é a indissociabilidade existente entre os bens tutelados e o sujeito titular dos direitos”<sup>188</sup>.

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não impede eventual disponibilidade, ou limitabilidade, desses direitos, acompanhada de um consentimento válido do lesado<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 44-46, sem grifo no original.

<sup>187</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 125-126.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 125.

Dentro do que se denomina “consentimento válido do lesado” é possível fazer uma correlação com o que ensina o princípio bioético do respeito pela autonomia. No sentido de que a ação de consentir a limitação a um bem de personalidade (ou limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade) há se ser: livre de fatores externos que maculem sua voluntariedade; com a devida compreensão e pleno esclarecimento dos fatos que a circundam e dos efeitos decorrentes e sendo, esse consentimento, fornecido intencionalmente, com a devida compreensão daquilo que se está a fazer. Por conseguinte, agir em prol da beneficência e procurar não fazer mal também podem agregar-se a essa teoria, ao passo que a justiça seria atingida enquanto o Estado aja no sentido de promover o bem para todos sem distinções ou preconceitos.

O modelo brasileiro de constituição econômica é o de uma economia capitalista, porém que se preocupa com a igualdade material e com a justiça social. Ela não pretende fazer às vezes do mercado, ou desprezá-lo, mas também não o coloca em um patamar de superioridade imaculada. A proteção que a CF proporciona à autonomia privada é mais forte quando estão em jogo as dimensões essenciais da vida humana e menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial. E, quanto às **liberdades existenciais**, que se configuram como direitos fundamentais, existe uma proteção constitucional reforçada, pois elas são **indispensáveis para a vida humana com dignidade**<sup>190</sup> e essas liberdades existenciais podem ser exercidas das mais variadas formas, mesmo que colidam com os conceitos morais de alguns ou não logrem consonância à forma de pensar da maioria.

A liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e de divulgar ideias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião tutela tanto o direito de professar o credo católico ou espírita como o de frequentar cultos satânicos<sup>191</sup>.

A partir do que foi trazido, é possível considerar que a **dimensão mais relevante da autonomia privada** é o **poder** que a pessoa humana tem de se **autogovernar**, isto é, de **fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas**, desde que não lese direito de terceiros<sup>192</sup>, onde, nos dizeres do CC, comete ato ilícito: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral e, em igual transgressão, incorre, também, o titular de um direito que,

---

<sup>189</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 211.

<sup>190</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 214.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 214-215.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 215.

ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes<sup>193</sup>.

“A autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, e exprime uma importante dimensão da ideia de dignidade da pessoa humana”<sup>194</sup>. Desse modo, é possível dizer que apenas o “conteúdo mínimo da dignidade é irrenunciável, pois o sistema acautelarà a pessoa contra a sua fragilidade. Ninguém poderá praticar atos de autonomia existencial em que se escravize, cometa suicídio ou contrarie obrigações tolerando ofensas à honra ou à integridade”<sup>195</sup>.

É admissível, portanto, uma esfera jurídica privada na vida de cada pessoa a respeito da qual não cabe nem ao Estado nem à sociedade interferirem, diante disto, os bens que interessam à vivência dessa esfera privada devem restar disponíveis, uma vez que “não cabe a terceiros (nem ao Estado, como legislador, nem a sociedade, enquanto portadora de um suposto interesse público) a restrição quanto ao destino que o particular queira dar a esses bens”<sup>196</sup>.

Diversos autores, a exemplo de Roxana Borges, Emílio Betti e o próprio Maurício Requião<sup>197</sup>, professor da faculdade à qual este trabalho é apresentado, apontam alguns fatores que impõem limites à liberdade individual, conseqüentemente à disponibilidade dos direitos, são eles: a lei, os bons costumes, a ordem pública, a moral.

Contudo, é possível traçar críticas a essas condições limitantes. Não se lhes nega, todavia, a capacidade de restringir, porém não lhes é dado caráter intangível. Em outras palavras: o poder de restringir direitos individuais desses fatores restritivos existe, mas, existe também um limites às suas capacidades de limitação.

Nesse sentido, ao examinar, simplesmente, os arts 1º e 3º da CF é possível perceber que eles

são suficientes para a verificação de que, no âmbito de vivência de cada pessoa, há espaços inalcançáveis pelo Estado, inclusive por meio de lei, assim como se deixa à liberdade da própria pessoa a maneira pela qual ela guiará sua vida, optando ou não por alguma religião, optando ou não seguir alguma filosofia, decidindo os meios concretos de realização de sua própria dignidade. [...]

<sup>193</sup> Arts. 186 e 187. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>194</sup> SARMENTO, *Op. cit.*, p. 308.

<sup>195</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 127.

<sup>196</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 132-133.

<sup>197</sup> Cf. SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. 194 f. Tese de Doutorado em Relações Sociais e Novos Direitos. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 47-58.

Considerando que os direitos da personalidade são os que mais se aproximam da liberdade de concretização da própria dignidade, conclui-se que esses foram um campo jurídico sobre o qual a intervenção pública, social ou estatal, deve ser mínima<sup>198</sup>.

Quando se fala nos fundamentos usados para restringir a autonomia individual, sempre são levantadas ideologias argumentativas acerca de aspectos éticos, onde um ato poderia macular à moral, os bons costumes ou interesses sociais que geralmente são ditados pelas maiorias. Entretanto, indo de encontro a esse pensamento,

são justamente as minorias, aqueles que se situam em posição que não necessariamente se coaduna com o clamor social, ou que de algum modo se encontram enfraquecidas no corpo social, que mais dependem da proteção constitucional para a garantia das suas liberdades.

A isso se some o pequeno potencial lesivo de comportamentos individuais, ainda que praticados por vários sujeitos, para a estrutura da sociedade como um todo, e fica claro como não há lógica na limitação da liberdade individual sobre o fundamento da propriedade proteger sua própria existência. Não há como o clamor social de um hipotético risco para a existência da sociedade ser argumento suficiente para limitar a liberdade individual<sup>199</sup>.

Diante do exposto, conclui-se que apesar de existirem diversos mecanismos de controle que cada indivíduo possa sofrer frente à concretização da sua própria dignidade, limites à sua autonomia existencial, à disponibilidade dos bens de personalidade, restou-se claramente demonstrado que esses indicativos restritivos são relativizados e variáveis no tempo e no espaço.

O que é moral e/ou legal hoje, pode não o ser amanhã; o que é permitido aqui, pode não ser acolá, cabendo, outrossim, ao ordenamento acompanhar essa mutabilidade enquanto objeto cultural, para que possa conferir a eficácia social das normas.

A partir de agora, todavia, será feita uma pausa à continuidade da temática que trata da disponibilidade dos direitos de personalidade para prosseguir com outros esclarecimentos pertinentes ao tema proposto neste trabalho. Entretanto, o assunto será retomado no último capítulo, quando estiver sendo tratada, especificadamente, a questão da exigência da gratuidade na cessão de gametas reprodutivos humanos e o valor existencial inerente à disposição sobre o próprio corpo, de modo que a cessão possa ser feita à título oneroso, possuindo, portanto, caráter, ao mesmo tempo, existencial e patrimonial.

No que tange a este presente tópico, a intensão foi apenas dar os traços conceituais gerais acerca da teoria da disponibilidade dos direitos da personalidade, para, posteriormente, aplica-

<sup>198</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 134.

<sup>199</sup> SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. 194 f. Tese de Doutorado em Relações Sociais e Novos Direitos. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 50.

la ao problema enfrentado pela pesquisa: o pré-requisito da gratuidade para doação de gametas na reprodução humana artificial heteróloga.

### 3.3 ESTADO, DIREITO E EFICÁCIA

Ao se tratar da natureza do Direito, se destacam a sua concepção normativista e a axiológica. Para a normativista, o direito é conjunto de normas de comportamento e de organização social que emanam do Estado e, através dele, tem sua realização garantida. A concepção axiológica determina o direito como conjunto de valores, princípios e normas e pertence ao campo da ética. Há um processo de reflexão ao se realizar o direito, evitando simplesmente definir técnicas e regras instrumentais, mas também refletir o direito de modo crítico, tendo-o como um pensamento que se destina a resolver problemas práticos<sup>200</sup>. Essa suas concepções, portanto, complementam-se.

Notas incontroversas do direito são o seu caráter humano e social, a sua historicidade e a sua normatividade. Ele existe em razão das pessoas que se relacionam entre si. Onde houver sociedade, lá estará o direito (*ubi societas, ubi ius*) que, reciprocamente, também a pressupõe (*ubi ius, ubi societas*), sendo inconcebível uma regra jurídica que não a tenha como referência. [...] Da sua historicidade, isto é, da natureza histórico-evolutiva, emergem os valores, ideias básicas que orientam o comportamento individual e social e constituem a ética dominante na consciência coletiva. Regulando esses comportamentos, o direito é também modelo de organização social que se formaliza e estrutura segundo esses critérios.<sup>201</sup>

Qualquer ação do poder público, notadamente as que vão no sentido de restringir liberdades individuais, mais do que uma legitimidade formal, precisam estar munidos de uma legitimidade fática, material, e serem consideradas justas pela sociedade.

Em todas as disciplinas normativas que regem, de um modo direto ou indireto, a ação com respeito a outrem, seja o direito ou a filosofia política, a moral ou a religião, a justiça constitui um valor central, o mais prestigioso que se possa invocar quando se trata de qualificar um ato, uma regra ou um agente racional. Buscar as condições que permitem conceder a um ato, a uma regra ou a um agente, a qualidade de justo significa determinar os critérios do que vale, do que merece ser aprovado, na área da ação social. Como, ademais, toda visão do mundo molda à sua maneira os critérios da conduta válida, não se ficará nem um pouco espantado de constatar, ao estudar os textos relativos à noção de justiça, que se encontra imersa na ambiguidade e na confusão<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 5-6.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>202</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 68.

O Estado não pode ir contra uma realidade histórico-cultural, mesmo que determinada lei entre em vigor, se a população vive uma realidade fática contrária ao mandamento legislativo, por ser ultrapassado, ou ser considerado ilegítimo, por exemplo, este carecerá de eficácia social.

Os legisladores e os juízes, que dispõem da sanção e da coerção para garantir o respeito às leis e a execução dos julgamentos, têm de exercer suas funções dentro do espírito em que elas lhe foram conferidas: devem elaborar leis justas, conformes as aspirações da comunidade de que são os representantes; devem aplicá-las dentro de um espírito de equidade, conforme as tradições da comunidade<sup>203</sup>.

Caso contrário, por mais que haja um poder coercitivo, serão encontradas maneiras de burlar a norma que não reflete a realidade vivida, em virtude de não possuir uma legitimidade material ou não ser reputada como justa. Desse modo, havendo uma assídua desobediência àquela norma, e a outras postas em vigor, que possuam os mesmos moldes, haverá um sentimento de descrença no sistema jurídico, onde normas válidas e vigentes serão inobservadas dando margem, cada vez mais, à proliferação do famigerado “jeitinho brasileiro”, que se tornou algo comum e aceitável no nosso cotidiano.

Para evitar isso, é preciso que o legislador se aproxime da realidade cotidiana e elabore leis, revogue, ou altere as existentes, de modo que se assentem às práticas socioculturais e as mudanças pelas quais a sociedade vem passando.

Por esse caminho, uma das bases argumentativas usadas para criticar o problema da exigência da gratuidade para a cessão de gametas reprodutivos humanos é a de que o Direito, enquanto um objeto cultural, deve refletir os anseios e práticas sociais para dotar as normas jurídicas que produza de legitimidade e eficácia.

Diante de uma famosa frase do filósofo grego Heráclito de Éfeso: “a única coisa que não muda é que tudo muda”, traz-se a ideia de que as coisas, pessoas, costumes, normas se transformam com o passar do tempo (e também dentro de uma variação espacial), o ser humano é mutável por essência e o direito, como produto humano, também o é. A sociedade evolui e passa por transformações e o direito deve, por sua vez, acompanhá-las para se manter legítimo enquanto mecanismo de controle social.

Ante a necessidade de se ver o direito como um fenômeno inserido em situações vitais, dotado de sentido, a ciência jurídica surge como uma ciência cultural [...]. Por isso as mais recentes conquistas no campo da epistemologia jurídica situam-se no culturalismo jurídico, que concebe o direito como um objeto criado pelo homem,

---

<sup>203</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 194.

dotado de um sentido de conteúdo valorativo, sendo, portanto, pertencente ao campo da cultura<sup>204</sup>.

A cultura pode ser entendida como aquilo que o ser humano acrescenta às coisas a fim de aperfeiçoá-las. Dentro de um sistema de valores, abrange tudo que é construído pelo ser humano<sup>205</sup>.

“Para o culturalismo, a ciência jurídica é uma ciência cultural que estuda o direito, como objeto cultural, isto é, como uma realização do espírito humano, com um substrato e um sentido”<sup>206</sup>. O culturalismo jurídico defende que o conteúdo ideológico de um sistema normativo é diferente conforme se varia na época e no local onde ele é estudado e, principalmente, o objeto cultural (o direito, no caso) varia de acordo com as problemáticas sociais vividas dentro de uma determinada época e lugar e que o direito deve acompanhar toda essa dialética para ir se moldando à realidade social vivenciada<sup>207</sup>.

Ou seja, em um determinado lapso temporal, em um determinado espaço territorial, a realidade que a sociedade vive é singular. Suas necessidades, seu modo de agir, seus pensamentos e anseios, conceitos de moral, grau social evolutivo, são determinados e especificados dentro do contexto vivenciado. Ainda, o objeto cultural pode variar conforme o passar do tempo dentro e uma mesma localidade; e inserido em um mesmo período de tempo, o objeto cultural também pode variar em relação às diferentes circunscrições territoriais nas quais se encontra. E assim é o direito.

O que era legal no passado, por exemplo, o crime de adultério, hoje não possui tipicidade penal no código brasileiro; o aborto que é proibido no Brasil, salvo algumas exceções, é totalmente lícito em outros países.

Outro exemplo que se pode dar se refere às diversas concepções adotadas pelo Estado: o Estado absolutista, opressor, deu lugar ao Estado Liberal, pouco interventor nas esferas individuais. Ele, por sua vez, foi substituído pelo Estado Social, que era o oposto do seu antecessor, completamente comprometido com o bem estar dos seus jurisdicionados. E, hoje, já se fala em Estado Garantidor, como sendo aquele que intervém com parcimônia na sociedade, quando se faz necessário<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

<sup>205</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 148 et. seq.

<sup>208</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, *passim*.

A ordem jurídica é um fato cultural, pois, o direito trata-se da realidade jurídica empírica que se desenvolve ao longo da história<sup>209</sup>. Assim, o direito é uma realidade cultural complexa:

É real, pois é algo que tem consigo o seu valor, situando-se na região do ser. O fato material, isto é, o substrato do direito, é o viver imediato em valores, isto é, o comportamento da pessoa em relação ao mundo circundante, estabelecendo finalidades ao seu próprio agir. O viver será válido se envolvido por uma norma que lhe dê estrutura significativa. A norma tem uma nuance significativa que aparece no valor, quando este é referido a um reconhecimento devido por um comportamento pessoal. A norma jurídica tem seu fundamento formal na ordenação positiva da vontade da comunidade, que lhe determina o âmbito de validade, daí o caráter empírico da realidade jurídica. **A norma jurídica é a expressão de uma vontade que tem reconhecimento por parte dos indivíduos que vivem em sociedade e que, através de um comportamento contínuo e habitual, respeitam a norma.** A realidade jurídica, cuja estrutura é constituída pela norma jurídica (fator formal) e pelo viver finalístico (fator material), é história, por se dar espaciotemporalmente, de forma única e individual. **O direito é um fenômeno único e individual, enraizado na vida e na cultura de uma época**<sup>210</sup>.

A cultura reflete as práticas e costumes de uma sociedade, no tempo e no espaço, que se prolongam na história de forma contínua e habitual, e o direito, enquanto objeto cultural, deve refletir essa cultura sob o risco de, se não o fizer, perder a eficácia das normas que emanam de si, seu poder coercitivo e a credibilidade que nele se deposita.

De modo que, se o contexto social muda e o direito permanece com uma ideologia normativa ultrapassada, as leis que a refletem cairão em desuso e, se diante de uma problemática social, de uma realidade vivenciada, o operacionalizador do ordenamento lança mão de um regramento novo, mas, que não reflita aquela problemática, essas novas normas carecerão de legitimidade, não refletindo impacto nos jurisdicionados. E se, da mesma maneira, a realidade social muda e o direito não a acompanha, a própria sociedade procurará meios de autotutela dos seus direitos, buscará meios que reflitam seus interesses existenciais individuais.

A legitimação conferida a uma norma jurídica trata-se de um termo que compreende o processo pelo qual se buscará que uma norma ou ordem oficial, independentemente de seu conteúdo, seja aceita pela população sobre a qual incide, e, em consequência, seja cumprida sem o recurso à uma força coercitiva. Encontra-se legitimação em uma norma cumprida sem que se faça uso de meios que obriguem o indivíduo a tanto<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149.

<sup>210</sup> *Ibidem, loc. cit.*, sem grifo no original.

<sup>211</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101-110.

“O problema de eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se cumprem ou não os comandos jurídicos, se os aplicam ou não”<sup>212</sup>.

Há um problema de eficácia quando um órgão competente emite normas que violem uma consciência coletiva, as quais não serão observadas e nem aplicadas devidamente, somente serão cumpridas compulsoriamente se o poder público entrar em cena, a não ser quando caírem em desuso com o passar do tempo, caso em que até terão vigência, mas carecerão de eficácia espontânea no seio social e por violarem uma consciência coletiva que, espontaneamente, não obedecerá à norma, ou se insurgirá contra ela, pois lhe falta legitimação social<sup>213</sup>.

“A norma será eficaz se tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade (eficácia semântica); e condições técnicas de atuação (eficácia sintática), por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos.”<sup>214</sup>

A compreensão deste tópico define a íntima ligação que se encontra, portanto, entre o direito se caracterizar como um objeto cultural, que reflita aspecto e contexto culturais, e a ineficácia que pode atacar o sistema, surgido do não reconhecimento de um fato social pelo Estado, mais especificadamente, pelos responsáveis por criar e modificar as normas jurídicas. Ser um objeto cultural também se relaciona com o fato da ciência jurídica ser mutável, pois, a cultura é um aspecto social, também, mutável.

Se o ordenamento vigente não representar os anseios socioculturais, existentes num contexto de tempo e espaço, ele não possuirá eficácia, caindo em desuso ou descrédito.

Esclarecido isso, as bases fundamentalistas deste tópico também serão chamadas a se reapresentar no capítulo final para ajudar a construir e estruturar a teoria defensora da possibilidade pecuniária de aquisição de gametas humanos, além da gratuita, única autorizada, até então, pelo ordenamento.

---

<sup>212</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 426.

<sup>213</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>214</sup> *Ibid.*, loc. cit.

## 4 A REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL (RA)

Este capítulo cuidará, precipuamente, de esclarecer do que se trata a RA e as formas por meio das quais pode ser praticada. Mas, cabe também, dentro deste tópico, contextualizar a RA não somente ao que vem acontecendo na realidade brasileira, mas também aos fundamentos axiológicos que, até este momento, já foram tratados neste trabalho.

Pra tanto, será comentada, brevemente, a evolução sofrida pela reprodução humana nos últimos tempos e a importante moldura ideológica que a CF trouxe frente aos modelos clássicos de parentalidade e filiação, às inovações biotecnológicas que vêm sendo utilizadas para a formação de novas famílias, com estruturas muito distanciadas das de outrora.

Somente, a partir desses esclarecimentos, é que se cuidará do tema da procriação artificial em si e das suas modalidades. Além de tratar do regramento normativo da RA, também será traçada a relevância prática, dada a carência na regulamentação jurídica, pertinente à matéria, bem como a extrema necessidade em uma mudança radical deste panorama e mostrada a influência da bioética e do biodireito dentro de toda essa conjuntura.

### 4.1 A EVOLUÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA: NOVOS MODELOS DE PARENTALIDADE E FILIAÇÃO

Tradicionalmente, a forma adequada para se ter filhos sempre foi por meio da conjunção carnal entre pessoas férteis e de sexos opostos. Contudo, algumas pessoas não podiam ter filhos pelos métodos naturais e, em décadas que se passaram, somente podiam se valer da adoção para ter filhos. Mas, com o avanço da ciência médica e da biotecnologia, a reprodução humana alcançou proezas, até não muito tempo atrás, impossíveis, a partir dos métodos de reprodução humana artificial.

O modelo clássico de reprodução humana, que se trata da parentalidade e filiação originárias, vinculadas à procriação carnal, passou a não ser o método exclusivo para se ter filhos biológicos. Ao lado da adoção, que se trata do modelo clássico de parentalidade e filiação derivadas, “com a ressalva de que o vínculo de adoção é de substituição dos laços familiares

anteriores e, portanto, não é originário”<sup>215</sup>, há outra modalidade que “não tem como substrato fático a relação sexual entre um homem e uma mulher, o que demonstra a necessidade de reconstrução do modelo jurídico clássico de reprodução humana: os casos de reprodução assistida ou de procriação artificial”<sup>216,217</sup>.

O modelo clássico de paternidade, maternidade e filiação [...] - ou seja, de vínculos originários tendo como centro, nesta referência, a criança, fruto de procriação carnal -, no contexto da civilização ocidental, tradicionalmente se assentou na estrutura patriarcal de formação e manutenção das famílias, notadamente das famílias matrimoniais<sup>218</sup>.

Contrariamente a essa ideologia, as últimas décadas vêm demonstrando a inadequação dessa estrutura patriarcal frente à realidade contemporânea, sendo que houve um forte questionamento daquele mito que se vangloriava de uma superioridade masculina em comparação com as mulheres<sup>219</sup>.

Isso implicou em um movimento de igualdade dos gêneros que foi constitucionalizado no direito brasileiro em 1988 e pode ser encontrado em diversos dispositivos da Constituição Federal, como a igualdade em direitos e deveres envolvendo marido e mulher (art. 226, §5º), o princípio e direito fundamental à igualdade nos gêneros (art. 5º, I), que é reflexo do art. 3º, IV, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil à promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>220, 221</sup>.

Foi diante desse contexto que as técnicas biotecnológicas no campo da reprodução humana foram avançando e se aperfeiçoando, o que culminou na criação de diversas técnicas de procriação artificial e da geração de vínculos de filiação não biológicos, que não derivam da adoção.

<sup>215</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 338.

<sup>216</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>217</sup> Cf. *Ibid.*, p. 337-342.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>219</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 13.

<sup>220</sup> GAMA. *Op. cit.*, p. 341.

<sup>221</sup> **Art. 3º**. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. **Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Em pouco mais de uma geração, nossa definição de vida e o significado da existência estarão radicalmente alterados. [...] Muitas práticas antigas referentes à sexualidade, reprodução, nascimento e parentesco serão parcialmente abandonadas. Ideias sobre igualdade e democracia também serão redefinidas, bem como nossa visão do que significam livre-arbítrio e progresso<sup>222</sup>.

Assim, diante das grandes mudanças vivenciadas pela sociedade, notadamente a partir de meados do século XX, onde foram revistos e reestruturados os conceitos que envolviam o seio familiar, desde a realização do casamento entre pessoas de sexos opostos à proteção jurídica dada aos filhos, aliando-se aos avanços alcançados pelo conhecimento científico, deu-se margem à dissociação do nexos de causalidade entre conjunção carnal e constituição de uma prole. Vemos, então, que essa evolução ocorrida ao longo dos anos traz

um valor que é uma conquista, ou seja, a família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução em que sempre esteve instalada a suposta superioridade masculina. [...] Ela passou a ser muito mais um espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, embora sempre tenha sido assim, e será, o núcleo formador da pessoa e fundante do sujeito<sup>223</sup>.

Com os avanços biotecnológicos, acelerados no século passado, surgiram possibilidades antes impensáveis, como a produção de embriões humanos sem a necessidade de uma relação sexual e fora do corpo materno, isso é o que se chama de reprodução humana assistida.

Várias são as técnicas que emolduram tal procedimento e elas ascenderam uma luz no fim do túnel para pessoas acometidas pela infertilidade, ou que por qualquer motivo eram impossibilitadas de produzirem descendentes através das vias naturais ou na constância de uma união conjugal.

Dentro do âmbito da reprodução assistida, várias foram as técnicas criadas e aperfeiçoadas para que, artificialmente, se pudesse alcançar a produção de um embrião humano viável e saudável que viesse a se desenvolver em um bebê.

Entretanto, o uso e, conseqüente, expansão e popularização dessas técnicas

geraram situações de natureza complexa envolvendo médicos, doadores de esperma e de óvulos e mães de substituição e criaram subprodutos, como óvulos, embriões congelados e bancos de espermas, sobre os quais se tem questionado os direitos de propriedade, a questão da atribuição de filiação e a violação dos direitos da personalidade, garantidas tanto no âmbito internacional como no nacional<sup>224</sup>.

<sup>222</sup> NA VARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

<sup>223</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236.

<sup>224</sup> RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000, p. 15.

“É nesse contexto que surge a bioética [e o biodireito] como mediadora do complexo relacionamento entre a ciência e a ética nas relações humanas. [...] Sendo certo que com os avanços científicos no campo da reprodução humana e uma conseqüente superação de preconceitos”<sup>225</sup>, temos uma nova estrutura sociocultural que não pode ser ignorada ou repudiada.

Ela deve ser encarada e organizada de modo que as práticas biotecnológicas se amoldem tanto às expectativas éticas que circundam a nossa cultura, como recepcionadas pelo sistema jurídico, o qual deve legitimar as inovações ocorridas, limitando-as por meio da moral e do que é socialmente aceito, contrapondo-se ao que já vem sendo praticado por parte da sociedade, ainda que não em maioria, para que o sistema não se torne obsoleto ou sem eficácia. Isto é, buscar, quão possível for, a correlação entre o que já é realidade e vem sendo feito, com conceitos consolidados e já absorvidos pela parcela maior da sociedade e com preceitos jurídicos preestabelecidos.

## 4.2 A PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL

De modo bem genérico, pode-se colocar que reprodução assistida é todo método de reprodução onde há necessidade da ajuda de um médico. As técnicas reprodutivas disponíveis aos seres humanos que, por razões alheias e diversificadas, não podem ter filhos pelos métodos tradicionais são bastante diversificadas, dado o grau de avanço biotecnológico atingido hoje pela ciência médica<sup>226</sup>. A despeito disso, não constitui objeto deste estudo minudenciar todas essas modalidades, entretanto não se pode passar ao largo de aspectos importantes referentes às técnicas usualmente mais utilizadas.

Existem, assim, dois grandes gêneros dentro da procriação artificial: a inseminação artificial, onde a fecundação dos gametas ocorre dentro do corpo feminino e a fertilização *in vitro*, aqui a fecundação se dá fora do corpo materno. Dentro desses dois grupos, existem, no entanto, se diversas técnicas que podem ser utilizadas para se chegar à fecundação de um embrião

---

<sup>225</sup> FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6.

<sup>226</sup> WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, *passim*.

saudável, a escolha por uma ou outra técnica varia, contudo, de acordo com as nuances de cada saco concreto.

Por fim, antes de se adentrar na abordagem das técnicas que a envolvem, cabe esclarecer que a reprodução humana artificial engloba duas classes de procedimentos (endógenos e exógenos).

Primeiramente, a RA pode ser homóloga (ou endógena). Esse procedimento endógeno se verifica quando o material genético utilizado é o do próprio casal, ou do indivíduo, que requer o método reprodutivo. Ou seja, os gametas masculino e feminino empregados na RA homóloga (seja por inseminação artificial, seja por FIV) estão ligados geneticamente aos que almejam o projeto parental e movimentaram o aparato reprodutivo<sup>227</sup>.

Em segundo plano, a procriação artificial pode ser heteróloga (ou exógena). O método exógeno se verifica quando os gametas fecundantes usados no procedimento pertencem a terceiros, que não são aqueles que procuraram fazer uso do método de RA<sup>228</sup>. Esta modalidade será melhor explicada mais adiante.

Feitos esses devidos esclarecimentos no que tange à procriação artificial humana e traçadas suas linhas gerais, pode-se passar com segurança a um estudo das modalidades envolvidas e, posteriormente, um exame mais detalhado da modalidade heteróloga da reprodução artificial.

#### 4.2.1 Inseminação artificial

É um processo através do qual o médico coloca o sêmen do marido ou do doador, após ser preparado, dentro do colo do útero (entrada do útero) ou no fundo do útero, perto do momento da ovulação. Na modalidade, se colhe o gameta masculino por meio de masturbação, para posterior implantação na mulher<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 46.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>229</sup> CONCEPTION CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA. **Tratamentos**: inseminação artificial. Disponível em: <<http://www.conceptionbr.com>>. Acesso em: 26 out. 15, p. 1.

Nesta técnica reprodutiva, a fecundação ocorre no próprio corpo da mulher gerando, em consequência, similaridade entre a maternidade biológica e gestacional, uma vez que a mãe recebe o espermatozoide do doador ou do marido no próprio corpo.

A inseminação artificial é recomendada em casos de alterações do colo uterino que impeçam ou dificultem a chegada dos espermatozoides ao útero. Os homens que desejam armazenar o sêmen para uso futuro, antes de realizar vasectomia, cirurgia testicular ou tratamento com radiação, quimioterapia, por câncer, também são candidatos à inseminação artificial, utilizando o sêmen congelado<sup>230</sup>.

Ainda, para que haja um aumento significativo das chances de gestação, são utilizadas medicações para estimular o crescimento dos folículos (saquinhos cheios de um líquido que possuem os óvulos dentro), o que se chama de indução da ovulação<sup>231</sup>.

#### 4.2.2 Fertilização *in vitro*

Na fertilização artificial *in vitro* (FIV, como é comumente abreviada no cotidiano médico), os embriões obtidos são os popularmente conhecidos como “bebês de proveta”. Este é um método de reprodução assistida onde os óvulos da mulher e os espermatozoides do marido, companheiro, ou do doador são colocados juntos no laboratório para que ocorra a fertilização, a manipulação dos gametas é feita no laboratório<sup>232</sup>.

Se a fecundação ocorre, os embriões resultantes são transferidos ao útero, onde deverão se implantar<sup>233</sup>. Normalmente, implantam-se 2 ou 3 embriões com o limite máximo de 4, a depender da idade da mulher, na tentativa de assegurar o desenvolvimento de pelo menos um<sup>234</sup>.

Nesta modalidade, a manipulação do óvulo e do espermatozoide é feita fora do útero, ou seja, a junção das duas células é realizada no tubo de ensaio e, só posteriormente, após a

<sup>230</sup> Cf. CONCEPTION CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA. **Tratamentos:** inseminação artificial. Disponível em: <<http://www.conceptionbr.com>>. Acesso em: 26 out. 15, p. 1-3.

<sup>231</sup> Cf. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>232</sup> SONOLAYER CENTRO DE DIAGNÓSTICOS. **Reprodução humana.** Disponível em: <<http://www.sonolayer.com.br/>>. Acesso em: 26 out. 201, p. 1.

<sup>233</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>234</sup> Cf. item I: princípios gerais, ponto 7. CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015.** Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 3.

constatação da fecundação, é feita a implantação do embrião no útero da mulher <sup>235</sup>. Basicamente, o procedimento pode ser dividido em 4 etapas, respectivamente: estimulação ovariana, captação dos óvulos e espermatozoides, fertilização *in vitro* e transferência dos embriões para o útero <sup>236</sup>.

Socorrem-se desse mecanismo as mulheres que não conseguem gerar e que, portanto, se valem da maternidade por substituição (popularmente conhecida como barriga de aluguel), como também as que, sendo capazes de gerar, são estéreis e, por essa razão, carregam no ventre um embrião cuja fecundação foi feita com o óvulo de outra mulher ou, que, apesar de férteis, têm maridos inférteis. Em razão da complexidade que lhe reveste, esse método tem um custo financeiro elevado.

#### 4.3 REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Tratando, agora, especificadamente da modalidade de RA que envolve material genético alheio, pode-se dizer que, inicialmente, os métodos de procriação artificial foram criados com o intuito de solucionar a infertilidade que acometia às partes de um casal ou a um deles.

Priorizava-se o uso dos gametas pertencentes ao casal para houvesse que a transmissão das informações genéticas aos seus descendentes, a motivação inicial era, assim, pela concretização de procedimentos homólogos. Essa conjuntura foi mudada ao se perceber que os processos endógenos de RA não supriam grande parte, se não a maioria, das situações de esterilidade e de casos nos quais não era possível fazer uso de gametas reprodutivos dos progenitores por qualquer razão, cogitou-se, então, a possibilidade de recorrer a outras técnicas com o aproveitamento de material genético de terceiro <sup>237</sup>.

O procedimento de exógeno ocorre, portanto, quando há necessidade de uso de células fecundantes estranhas àqueles que procuram, por intermédio da RA, realizar seu projeto parental. Esta reprodução de natureza heteróloga se concretiza quando óvulos e

<sup>235</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 90-92.

<sup>236</sup> CONCEPTION CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA. **Tratamentos**: fertilização *in vitro* (FIV, bebê de proveta). Disponível em: <<http://www.conceptionbr.com>>. Acesso em: 26 out. 15, p. 1.

<sup>237</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família do século XXI. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 635-636.

espermatozoides pertencem a terceiros, não havendo coincidência genética entre o casal e sua prole. Outrossim, no que tange a apenas um dos indivíduos, pode se verificar RA heteróloga quando há a cessão, por parte de terceiros, ou somente de óvulos ou somente de espermatozoides <sup>238</sup>.

“Registre-se, também, que a reprodução será heteróloga nos casos em que o projeto parental seja demandado por solteiros, viúvos e casais homossexuais<sup>239</sup>, já que reside impedimento circunstancial para que a procriação se mantenha na forma homóloga” <sup>240</sup>.

Diante do exposto, percebe-se que os procedimentos heterólogos suprem uma ampla lacuna na conjuntura social vivida nos dias de hoje, ajudando pessoas impossibilitadas de utilizarem seus próprios gametas para a geração de descendentes.

Contudo, ainda mingua uma normatização jurídica específica, sendo que os parâmetros básicos que se tem para seguir são os elaborados pelo CFM, malgrado suas resoluções contemplem o âmbito bioético, este não possui, como visto, coatividade. O biodireito precisa entrar em cena para que possa ser conferida uma maior estabilidade ao tema e segurança jurídica.

Somente por meio do biodireito poderá ser feita uma normatização dos preceitos bioéticos pertinentes à matéria e, enquanto objeto cultural, é que se fará uma análise dos anseios e as práticas sociais para decidir o que deve ser positivado, a fim de garantir-se a eficácia. Este é o assunto que será desenvolvido nos tópicos seguintes.

#### 4.4 CONTEXTUALIZAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO HETERÓLOGO DA “RA” À REALIDADE SOCIOCULTURAL HODIERNA

Tendo posse dos conceitos que formulam as modalidades de procriação artificial, é possível fazer uma classificação das diferentes realidades que a RA heteróloga pode gerar às pessoas que fazem uso das suas técnicas para terem filhos: (1) o emprego de óvulo da mulher solicitante, que será fertilizado por sêmen de um terceiro-doador; (2) uso do óvulo de terceira-

<sup>238</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 47.

<sup>239</sup> Cf. item II, pontos 2 e 3. CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 4.

<sup>240</sup> MEIRELLES. *Op. cit., loc. cit.*

doadora que será fecundado pelo sêmen de um homem solicitante e (3) uso de óvulo de terceira doadora fecundado por sêmen de, também, um terceiro-doador. Considerando que podemos adicionar a quarta possibilidade da “barriga de aluguel”, onde, da gravidez advinda, será gerada uma criança de outra pessoa e, considerando que, todas essas hipóteses podem ser utilizadas por casais hétero ou homoafetivos e por homem solteiro ou por mulher solteira, são várias as combinações que se tornaram possíveis por meio da RA heteróloga<sup>241</sup>.

Assim, vemos que são muitas as possibilidades que podem ser alvo da intervenção biotecnológica no âmbito da reprodução humana e a quantidade de pessoas que procuram as variadas técnicas representam um número cada vez mais expressivo, não só por serem acometidas por problemas de fertilidade, mas também pelo próprio panorama sociocultural da atualidade.

A crescente participação feminina no mercado de trabalho faz com que muitas mulheres adiem a maternidade, dando prioridade à vida profissional. Contudo as mulheres possuem um “prazo de validade” para poderem gestar uma criança em segurança e, passado o período fértil feminino, a alternativa que resta é a adoção ou fazer uso de gametas reprodutivos alheios, ou, mesmo que produza óvulos, não possa gerar um feto, podendo fazer uso da maternidade por substituição.

Também, o *status* que o casamento adquiriu hoje na sociedade, notadamente a ocidental, onde ele não é mais essencial à felicidade ou consequência lógica da vida de qualquer ser humano, faz com que muitas pessoas decidam ficar solteiras e, mesmo assim, não desistam do desejo de ter filhos. Outrora o casamento era uma instituição muito forte e pessoas que não eram casadas, não eram bem vistas pelo corpo social adjunto e somente através do casamento é que se via a possibilidade legítima, correta e moral para se ter filhos.

No início do século passado, a família era fundada exclusivamente no casamento, único conceito de família existente. Nessa época, a mulher e os filhos ocupavam uma posição de inferioridade na esfera familiar [...]. O casamento tinha o condão de moralizar as relações sexuais entre homem e mulher, uma vez que só por meio dessas é que era possível conceber filhos legítimos [...]. A sociedade, então, vivia sobre os limites da falsa moral, uma vez que só as relações “legítimas”, oriundas do casamento, é que poderiam gerar filhos “legítimos”. As outras formas de uniões [...] davam origem a filhos “ilegítimos”. Referidas uniões eram menosprezadas tanto pela igreja quanto pelo ordenamento jurídico<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NA VES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 723-725.

<sup>242</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 9.

Felizmente isso mudou. A família monoparental já é uma realidade bastante comum, reconhecida e protegida pelo direito <sup>243</sup>.

Portanto, a reprodução artificial pode socorrer as mais diversas situações: casais heterossexuais acometidos por algum problema de fertilidade, casais homoaletivos, homens e mulheres solteiros (hetero ou homossexuais) que, pelas mais diversas razões, decidiram fazer uso de técnicas artificiais de reprodução (incluindo-se nesse conjunto a “barriga de aluguel”).

Essa já é uma realidade largamente difundida e praticada no Brasil, tanto que passou a ser recorrente tema de diversas novelas nacionais<sup>244</sup>, maior retrato cultural e influenciador da sociedade brasileira.

Outro fato que deve ser ressaltado é que não bastasse a demanda de brasileiros requerendo esses procedimentos artificiais, muitos estrangeiros tem encontrado neste país uma solução para terem seus filhos “fabricados”. São pessoas das mais diversas localidades e culturas e com diferentes conceitos de moral e diferentes visões de mundo que procuram o Brasil e precisam ser amparadas pelo ordenamento jurídico<sup>245</sup>.

O Brasil entrou na rota do turismo reprodutivo internacional. Em duas das principais clínicas de São Paulo, por exemplo, o número de casais estrangeiros, com dificuldade de gravidez, atendidos já é o dobro em relação a 2004. O movimento de casais estrangeiros que buscam o país para ter um bebê chamou a atenção até da prestigiada revista científica *The New England Journal of Medicine*, que, recentemente, colocou o Brasil na rota do turismo reprodutivo internacional. O baixo custo dos procedimentos (em relação aos preços praticados na Europa e nos EUA) e uma maior permissividade à realização de técnicas proibidas em outros países seriam alguns dos motivos que fazem os casais estrangeiros a atravessarem o Atlântico à procura da terapia.

<sup>243</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 290-291.

<sup>244</sup> A telenovela “Amor à vida” abordava a “barriga de aluguel” onde um casal homossexual contratava uma mulher para gestar uma criança; “Sete Vidas” tratava da história de 7 irmãos gerados por métodos artificiais de reprodução com mães diferentes, porém advindos de um único doador anônimo, e procuravam por seu pai biológico; “O Clone” falava de um médico que produziu um embrião humano clonado de um homem adulto e o implantou artificialmente em uma mulher. Todas essas foram novelas exibidas pela Rede Globo de Televisão, para citar apenas algumas que tratavam do tema.

<sup>245</sup> Nos últimos anos, o Brasil entrou na rota do chamado “turismo da fertilidade”. O setor que atende estrangeiros que cruzam a fronteira de seus países para ter acesso a tratamentos para ter filhos em outros lugares. O fenômeno é observado em diversos países europeus, sobretudo a Espanha, onde algumas clínicas de fertilização mais parecem *resorts* cinco estrelas. Estatísticas globais são desconhecidas, mas estima-se que só na Europa mais de 20 mil mulheres cruzem as fronteiras de seus países com o objetivo de voltarem grávidas.

No Brasil, as clínicas especializadas em fertilização *in vitro* e outras técnicas de reprodução assistida vêm recebendo um número crescente de pacientes estrangeiros, principalmente (embora não apenas) de origem africana, que procuram o Brasil para realizar o sonho da maternidade ou paternidade.

Segundo especialistas consultados pela BBC Brasil haveria dois atrativos para as africanas: a qualidade das clínicas privadas brasileiras e o idioma comum. COSTAS, RUTH. Preço mais baixo e qualidade atraem estrangeiros para clínicas de reprodução no Brasil. **BBC Brasil**, 03 set. 2012. Disponível em: < <http://www.bbc.com>>. Acesso em: 20 maio 2016, p. 1.

[...] Na avaliação do ginecologista Alfonso Massaguero, da clínica Huntington, o fato de o país ter uma grande diversidade étnica o coloca em vantagem aos demais quando a indicação do casal estrangeiro for de uma fertilização com óvulo ou sêmen doado<sup>246</sup>.

Isso mostra a força e a quantidade de pessoas que procuram tratamentos médicos acerca do tema por todo o país. Contudo, a legislação brasileira existente sobre a matéria além de ser omissa em diversos pontos, é demasiada retrógrada e há anos já não reflete ou, se quer, protege as situações que se encontram no dia-a-dia das clínicas especializadas no ramo.

A exposição de motivos da resolução mais recente do CFM, publicada em 16 de julho de 2015, sobre o regramento que envolve as técnicas de RA diz o seguinte:

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo. O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos<sup>247</sup>.

Como já foi visto, contudo, as resoluções do CFM é que vêm normatizando o tema, porém este órgão não possui força, legitimidade e conhecimento técnico-jurídico para tanto e, apesar das resoluções obedecerem a normas bioéticas, emanadas pela sociedade médica internacional, há outros aspectos que emolduram uma norma jurídica, como os costumes e práticas sociais, a coercibilidade e eficácia jurídicas, que são alheios tanto às resoluções do CFM quanto ao corpo que as elaboram, pois, são temas pertinentes somente ao direito, que deve trazer para si conceitos da bioética para ser capaz de elaborar uma norma dotada de legitimação para sociedade e, ao mesmo tempo, comporte os valores éticos da ciência médica.

---

<sup>246</sup> COLLUCCI, Cláudia. Brasil vira rota do turismo reprodutivo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 12 jun. 2005. Cotidiano. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 1-2.

<sup>247</sup> CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmédico.org.br>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 8.

## 5 O PRÉ-REQUISITO DA GRATUIDADE NA “RA” HETERÓLOGA

Chegando, neste momento, ao cerne do trabalho, será realizado um exame cuidadoso do problema central: a exigência da gratuidade, requisitada na doação de gametas reprodutivos, para fins de reprodução artificial heteróloga (ou exógena, como alguns autores preferem nomear).

O escopo perquirido, contudo, foi realizado no sentido de se combater tal exigência e abrir mão à alternativa de uma cessão a título oneroso das células fecundantes humanas.

Para o desenvolvimento deste capítulo serão feitas, portanto, considerações a respeito do regramento jurídico (ou da falta dele) que a procriação artificial heteróloga possui no ordenamento brasileiro e, por conseguinte, será dada continuidade ao desenvolvimento da teoria acerca da disponibilidade dos direitos de personalidade, dando-se especial enfoque na disposição sobre o próprio corpo, tendo como base os conceitos que foram relacionados à autonomia privada e à autonomia existencial, para dar uma abertura à possibilidade de cobrança pecuniária na cessão de óvulos e espermatozoides.

Outrossim, será feito um paralelo, dentro da conjuntura social vivenciada, referente à posição do Estado, enquanto detentor dos meios aptos para criar, modificar e revogar normas jurídicas, os conceitos trazidos relativos ao direito ser um objeto cultural e a problemática da eficácia de normas jurídicas.

### 5.1 O PANORAMA GERAL NO REGRAMENTO DA “RA” HETERÓLOGA

Conforme a doutrina jurídica dominante e a comunidade científica médica que milita no tema, há dois preceitos básicos e fundamentais que devem nortear a cessão, para terceiros, de gametas humanos: o anonimato dos doadores deve ser respeitado e a cessão far-se-á de forma gratuita.

Defende-se que quem consentiu em doar, visando auxiliar a procriação de pessoas inférteis, abdica conscientemente de sua maternidade/paternidade jurídica<sup>248</sup>.

No Brasil, a doação somente pode ocorrer, como o próprio nome indica, a título gratuito. Essa é uma exigência constante da resolução nº 2.121/2015 do CFM<sup>249</sup> que diz que “a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

Como foi já foi, previamente, esclarecido neste trabalho, inclusive, pelo próprio CFM, não existe, até o momento, uma lei que de fato regulamente o uso das técnicas de reprodução humana artificial no ordenamento brasileiro, notadamente, no que tange à utilização dos procedimentos heterólogos.

Nesse sentido, se encontram apenas projetos de lei que tramitam há anos e nunca foram aprovados, a resolução nº 2.121/2015 do CFM e alguns artigos espaçados e pontuais encontrados no CC, na lei de biossegurança e em outras normas que não tratam especificadamente da RA heteróloga.

Destarte, tem-se a resolução n. 29, de 12 de maio de 2008 da ANVISA que aprova o Regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento; a portaria do Ministério da Saúde n. 2.526, de 21 de dezembro de 2005, que dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Elas são de caráter mais administrativo e não disciplinam a RA heteróloga.

Ainda, há o decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta alguns dispositivos da lei de biossegurança, dá alguns conceitos relativos à área da biotecnologia, ciência médica e engenharia genética e autoriza e disciplina a pesquisa e a terapia com células-tronco embrionárias humanas obtidas por fertilização *in vitro*; tem-se a própria lei de biossegurança, lei n. 11105, de 24 de março de 2005, que trata dos organismos geneticamente modificados e, também, disciplina e condiciona o uso de células-tronco humanas, para fins de pesquisa e terapia; o próprio CC que, no seu art. 1597, trata do regime de filiação dos filhos havidos por meio de procriação artificial.

---

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, P. 41.

<sup>249</sup> Cf. item IV, ponto 1. CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmédico.org.br>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 5.

Há autores, defendendo que a gratuidade na doação dos gametas também é uma exigência constitucional <sup>250</sup> do art. 199, §4º, que fala da assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, sendo que a “lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vetado todo o tipo de comercialização” <sup>251</sup>.

A explicação é de que a “venda de material genético geraria um comércio calcado na dor das pessoas que não podem procriar e representaria mais um obstáculo ao tratamento que apresenta altos custos financeiros. [...] A gratuidade é exigida como forma de garantir a autonomia dos envolvidos e a lisura dos procedimentos” <sup>252</sup>.

O outro aspecto exigido na doação de gametas é o anonimato dos doadores, o qual não possui previsão legislativa, somente encontrando algum tipo de regulamentação na resolução nº 2.121/2015 do CFM <sup>253</sup>:

IV - Doação de gametas ou embriões: 1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem. 4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores.

Contudo,

em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a). Já o fundamento mais recorrente deste anonimato seria o do “melhor interesse da criança, por ser mais benéfico, uma vez que perturbações poderiam ser causadas caso a identidade dos pais biológicos fosse questionada” <sup>254</sup>.

Defende-se que “os doadores não desejam ter sua identidade revelada; da mesma forma, os receptores têm direito ao segredo, para proteger a si mesmos e a sua prole; sendo um bem jurídico mais precioso, o sigilo se justifica e se sobrepõe ao direito de informação” <sup>255</sup>.

Mas é claro que o sopesamento entre direitos fundamentais só pode ser auferido diante de um caso concreto. Não há como definir, em abstrato, qual valor deva prevalecer. O conflito resultante entre, de um lado, em face do doador, a garantia de ter sua privacidade resguardada

<sup>250</sup> FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42

<sup>251</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>252</sup> FERNANDES. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>253</sup> CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmédico.org.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015, p. 5.

<sup>254</sup> FERNANDES. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>255</sup> *Ibid., loc. cit.*

e, de outro, o direito da criança, que irá nascer, à informação de conhecer sua origem biológica e ter sua identidade genética, somente poderia ser resolvido ao ser concretamente analisado, onde, dependendo de cada situação, um ou outro poderia predominar.

Nos dizeres de Sílvia Fernandes,

não se pode imaginar que possam ser reclamados deveres do pai ou da mãe biológicos que apenas depositaram seu material genético em bancos ou doaram seus gametas sem qualquer responsabilidade social de paternidade ou maternidade. [...] Atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo cada vez mais; dessa forma, o anonimato dos doadores se torna imprescindível, a fim de que se garanta a autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada, bem como a liberdade dos doadores que contribuíram para sua formação. Além disso, uma criança desejada e plenamente aceita no seio familiar nunca se preocupará com sua verdadeira origem genética<sup>256</sup>.

Vale ressaltar que esta última sentença, trazida na citação feita acima de Sílvia Fernandes, se refere a um pensamento individual da autora que não, necessariamente, condiz com a realidade; pois não há modo humanamente possível de se saber o que passa na cabeça de cada criança ou pessoa que não conhece a sua origem biológica. Uns podem não se importar com o fato, mas outros podem transferir a esta informação uma condição para a construção da sua própria identidade. Não podemos julgar ou presumir o que é bom para todos. As personalidades e necessidades humanas são inumeráveis.

O sigilo também é assegurado pela Declaração Universal do Genoma e dos Direitos Humanos, onde, em seu artigo 7º, preceitua que “quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei”. Contudo, tal declaração foi feita pela Conferência Geral da UNESCO (1997, 29º sessão) e não possui caráter vinculativo.

### **5.1.1 Eficácia das normas regulamentadoras da RA heteróloga**

Sabe-se que o foco da pesquisa se encontra em analisar o requisito da gratuidade exigido na cessão de gametas para a RA heteróloga. Contudo, o anonimato, vem ligado à gratuidade. Portanto, ao se defender uma cessão onerosa, traçar-se-ão ideias gerais referentes ao

---

<sup>256</sup> FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

anonimato, pois, se a alguém for outorgado o direito de vender gametas reprodutivos, a exigência do anonimato ficará prejudicada, em alguns casos, como, por exemplo, se uma mulher decide pagar a um terceiro (que pode ser um amigo, conhecido, parente, que possua caracteres genéticos e fenotípicos que lhe agradem) um valor pelo seu sêmen, para gerar um filho por RA.

Por outro lado, no que diz respeito à eficácia das normas que buscam regular o procedimento heterólogo, válido é dizer que um problema verifica-se quando os destinatários de uma norma não ajustam o seu comportamento às prescrições normativas. A eficácia qualifica a norma quanto a sua concreta produção de efeitos. A norma jurídica deve se prostrar como tentativa de realização de valores, como utilidade, liberdade, ordem, visando a consecução de fins necessários ao homem e à sociedade.<sup>257</sup>

A figura do anonimato seria mais palpável, portanto, em casos de clínicas especializadas em RA que comprassem óvulos ou espermatozoides de terceiros que quisessem preservar sua identidade, sem ter contato com as pessoas que requerem o procedimento heterólogo.

Não faz parte do corte epistemológico deste trabalho, contudo, se aprofundar na questão do anonimato, do direito ao sigilo que possui o doador, no direito de conhecer a origem biológica, ou direito de ter uma identidade genética definida que assistirá a futura criança fruto do procedimento, mas todos eles são direitos fundamentais garantidos pela CF, e que devem ser sopesados diante de cada caso concreto. Essas são questões a serem inquiridas, e problemas a serem resolvidos, em uma pesquisa autônoma. Aqui, quanto ao anonimato, serão suscitadas apenas ideias gerais a título de esclarecimento do assunto.

Desse modo, como foi mencionado anteriormente, a doação de gametas reprodutivos humanos (óvulos ou espermatozoides) deve ser feita de forma anônima e sem finalidade lucrativa. Porém, esta não se trata de uma determinação legal, mas de uma resolução do CFM, sem caráter obrigatório para a sociedade. As clínicas do ramo e os profissionais médicos devem obedecer às determinações do órgão ao qual estão vinculados, todavia não há uma punição jurídica à não observância dessas mesmas determinações.

Haverá, então, por intermédio de uma RA exógena, um contrato de doação de gametas para fins de reprodução artificial heteróloga, onde o doador fornecerá seu material genético para que outra pessoa possa ter um filho a partir deste; se desvinculando, conscientemente, por

---

<sup>257</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 426-427.

meio deste mesmo contrato, de qualquer vínculo jurídico de paternidade/maternidade, onde terá assegurado, também, o sigilo quanto à sua identidade.

Mesmo tendo em vista o contrato de doação de gametas (anônimo e gratuito, frise-se uma vez mais) entre a clínica ou médico responsável (provavelmente uma pessoa jurídica de direito privado) e uma pessoa plenamente capaz e consciente dos seus atos para os fins propostos, um possível filho, que venha a nascer dos gametas que foram doados, poderá ter acesso à identidade do doador de duas maneiras: a primeira se refere a uma exceção contida na própria resolução do CFM, sobre a qual não paira controvérsia, onde, em havendo alguma doença acometida ao filho nascido da inseminação heteróloga, poderá ser quebrado o sigilo do doador, pela clínica, para fins de tratamento, ou cura, do mal (como a possibilidade de transplantar algum órgão do doador, em razão da maior probabilidade de não rejeição do organismo receptor); a segunda possibilidade de quebra do sigilo contratual se dará por conta do inegável, e amplamente defendido pela doutrina, direito de conhecer a origem biológica, umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais, constitucionalmente salvaguardados, da dignidade pessoal, identidade (e identidade genética, que estão contidos, ambos, na dignidade da pessoa humana, primeiramente citado), direito à liberdade e à informação.<sup>258</sup>

Resta claro, portanto, que nenhum juízo deverá negar (ou, pelo menos, não deveria ou não poderia) ao requerente o direito de conhecer a sua própria origem biológica, de onde veio. Saber da origem relaciona-se, também, com a formação da própria identidade pessoal (outra garantia fundamental) inerente à dignidade da pessoa humana<sup>259</sup>, preceito pétreo, imperativo e soberano, constitucional que não pode deixar de ser aplicado.

Assim sendo, para que persistir no anonimato das doações? Sendo que se tratará de uma cláusula contratual completamente sem eficácia e quiçá inválida, nula de pleno direito, necessitando apenas de uma declaração de nulidade, com efeitos retroativos, por se tratar de cláusula contratual versando sobre direito indisponível do embrião que, futuramente, será uma pessoa humana sujeita a todos os direitos e garantias que lhe cabe, resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Seria, então, uma cláusula de sigilo válida somente sob a condição de os gametas doados não serem utilizados, ou não gerarem uma criança? Caso contrário, o ser gerado poderia ter acesso à identidade do doador, se negado pela clínica que figura no contrato, por meio das vias judiciais.

---

<sup>258</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, *passim*.

<sup>259</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 637-642.

Vemos, desse modo, que o sigilo postulado pelo CFM não deve ser uma cláusula obrigatória do contrato de doação de gametas, mas uma faculdade conferida ao doador de manter o sigilo da sua identidade, caso queira, em virtude do não uso dos seus gametas, deixando-lhe claro que se, futuramente, requerida a quebra do sigilo por um possível filho advindo daqueles gametas, este poderia ser concedido, cedo ou tarde, em razão das garantias fundamentais contidas no Estado brasileiro.

### 5.1.2 A crítica ao pré-requisito da gratuidade

Traçadas ideias breves e gerais quanto ao anonimato na doação e estabelecido o panorama da regulamentação atual da RA heteróloga, chega-se a outro problema: a exigência da gratuidade. Este caso demanda uma análise um pouco mais cuidadosa, visto que pode ser extraída, analogicamente, de previsão normativa que requer a gratuidade na cessão de gametas, além da expressamente contida na resolução nº 2.121/2015 do CFM (que não possui compulsoriedade jurídica).

Na CF, o §4º do artigo 199, ao tratar do direito fundamental à saúde, coloca que é vedada a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, pondo à parte, de modo destacado e específico, a vedação à comercialização de coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados<sup>260</sup>.

Fala-se em referência analógica na leitura de previsão de gratuidade na cessão de gametas, pois, uma coisa é a retirada de órgão, tecido ou substância que possa trazer prejuízos à saúde, vez que estes, geralmente, são limitados e não renováveis; outra coisa é a coleta de células germinativas para o fim específico da procriação, isso não se trata de transplante, pesquisa ou tratamento, especificamente, como escrito na Carta Maior. E é de conhecimento geral, e não controverso na comunidade científica, que os gametas (feminino ou masculino) são renováveis e a sua “perda” não acarreta danos à saúde ou prejuízos a integridade física.

---

<sup>260</sup>. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. §4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Por ser um dispositivo situado na seção referente à saúde, a hermenêutica conclusiva que se pode extrair do §4º é que a vedação à comercialização de componentes do corpo humano possui escopo precípuo em garantir a integridade física das pessoas<sup>261, 262</sup>. Esse raciocínio pode ser concluído dado o caráter vital dos itens tratados na norma, imprescindíveis ao funcionamento do organismo humano.

Por isso, parece muito acertada a previsão constitucional em proibir a comercialização desses itens, visto que, fazendo referência à definição trazida neste trabalho de bens econômicos, eles podem vir a sê-los devido às necessidades humanas, que gera a demanda, e a sua escassez, fato que lhes agrega valor econômico. Assim, pessoas poderiam tomar atitudes desproporcionais para adquirir um órgão humano e garantir a sua sobrevivência.

No que se refere aos gametas, por outro lado, o homem produz espermatozoides constantemente e que podem ser coletados por meio da masturbação e a mulher produz, durante seu tempo fértil, periodicamente, óvulos, que, se não fecundados, são expelidos pelo próprio corpo, na menstruação.

Vê-se, portanto, que a coleta e fornecimento (mesmo que fosse a título oneroso, hipoteticamente falando) dos gametas reprodutivos, não correlaciona a uma perfeita subsunção à hipótese abstrata normativa constante do texto constitucional, principalmente se analisado à luz do prisma do direito à saúde, já que não há um fundamento razoável que sustenta a proibição do caráter oneroso dessa relação jurídica, visto que não há danos à saúde ou integridade física.

Também, falar em tratamento da infertilidade se refere a algo distinto dos usos que, hoje, já são admitidos no Brasil para as células fecundantes fruto de uma doação. Pois, os gametas doados hodiernamente são utilizados para a procriação e podem ser adquiridos tanto por uma pessoa com algum problema reprodutivo/fértil, quanto por uma pessoa saudável que almeje

<sup>261</sup> O direito fundamental à vida envolve em seu conceito, além da dignidade humana (alusão dos direitos fundamentais inseridos na constitucional e de todo o ordenamento jurídico), o direito à integridade física [...] do homem, o que, sem dúvida, a comercialização de órgãos entre vivos atinge diretamente. GÓES, Winnícius Pereira de. **Transplante e comercialização de órgãos**: limites à disponibilidade do corpo humano. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016, p. 5.

<sup>262</sup> Segundo dados da OMS, a cada ano, no mundo, são executados cerca de 22 mil transplantes de fígado, 66 mil transplantes de rim e 6 mil transplantes de coração. Cerca de 5% dos órgãos utilizados nessas intervenções provêm do mercado negro, com um volume de negócios estimado entre 600 milhões e 1,2 bilhão de dólares. O aspecto mais dramático é que, segundo a *Global Finance Integrity*, uma ONG especializada no rastreamento de fluxos financeiros ilegais, os números desse macabro comércio encontram-se em constante aumento. Quem paga a conta são os cidadãos mais pobres do mundo, aqueles que, por um punhado de dólares, estão dispostos a ceder um rim, um pedaço do fígado, um pedaço do intestino, uma córnea. Todos esses são órgãos, ou partes de órgão, de que podemos dispor sem morrer. Mas as consequências dessas mutilações podem ser graves e muitas vezes dramáticas. PELLEGRINI, LUIS. **Tráfico de órgãos humanos**: um mercado negro em expansão. Disponível em: <http://www.brasil247.com/>>. Acesso em: 03 maio 2016, p. 1-3.

formar uma família monoparental, não se referindo a um tratamento de problema de saúde, pois.

Adiante, a doação de óvulo/sêmen não se apresenta como um tratamento à infertilidade propriamente dito, mas a própria solução dada a este mal, e, como foi dito, a legislação permite que pessoas solteiras possam fazer uso do material doado assistidas pelo direito à procriação o livre planejamento familiar<sup>263,264</sup>.

Cabe analisar, ainda, o fato do supramencionado dispositivo da CF ter colocado na segunda parte do seu texto uma ressalva específica acerca do sangue.

Na primeira metade da norma, o texto constitucional já havia mencionado as diligências a serem tomadas relacionadas aos tecidos humanos, no geral, e o sangue nada mais é do que um dos tecidos componentes do corpo humano<sup>265</sup>, isto é, o legislador quis enfatizar e destacar a situação da cessão do tecido sanguíneo.

Acerca desta conjuntura, há duas observações a serem analisadas.

Primeiro, pelo fato do sangue se tratar de uma solução aquosa, pode, o legislador constituinte, ao reiterar a proibição da comercialização especificadamente do sangue, ter intentado que ele não fosse englobado como uma “substância humana”, doravante tratada naquela norma. Pois, a primeira parte do dispositivo trataria apenas da remoção de substâncias humanas para transplante, pesquisa e tratamento e, a segunda parte, acrescentou a normatização sobre “coleta, processamento e transfusão” do sangue, são, assim, aspectos distintos que foram tratados cada um com suas especificidades.

Segundamente, por se tratar de um tecido facilmente renovável, diferentemente dos demais, e que não causa grandes prejuízos quando retirado do organismo em quantidades seguras e

---

<sup>263</sup> Art. 226, §7: § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>264</sup> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. *Idem*. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>265</sup> O sangue é um tecido altamente especializado, formado por alguns tipos de células. O sangue é um tecido conjuntivo líquido que circula pelo sistema vascular em animais com sistemas circulatórios fechados; formado por uma porção celular de natureza diversificada, que circula em suspensão em meio fluido, o plasma. **TECIDO conjuntivo sanguíneo**. Disponível em: <<http://www.sobiologia.com.br/>>. Acesso em: 26 out. 2015, p. 1.

previamente estipuladas<sup>266</sup>, o legislador quisesse deixar claro que são defesos atos no sentido de comercializar o tecido sanguíneo.

Assim, se o ordenamento fez uma ressalva pontual para o sangue (em decorrência das suas peculiaridades), deveria ter se preocupado em trazer outro destaque relativo aos gametas reprodutivos humanos, por também se tratarem de substâncias produzidas em grandes quantidades por organismos saudáveis, notadamente o gameta masculino, o qual, dada sua retirada mesmo que periódica, não importaria qualquer dano aos doadores. Outrossim, pelo fato de cessão a título oneroso de gametas para se ter filhos não se encaixar ao que se refere a norma quando fala da “remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento”.

Atualmente, é sabido que a única parte do corpo que é passível de comercialização são os cabelos. Eles crescem indefinidamente e o seu corte não traz prejuízos. Ao lado disto, é possível correlacionar às células reprodutoras, guardadas, obviamente, as devidas proporções. Novamente: o homem saudável e apto a doar espermatozoides, os produzirá em abundância, colhidos facilmente por meio da masturbação, sem quaisquer implicações negativas ao doador; e a mulher, no período fértil, produzirá óvulos mensalmente, que são facilmente coletados com segurança em qualquer clínica especializada, a qual os armazenará para mantê-los saudáveis e poderem ser utilizados<sup>267</sup>.

Vê-se, portanto, que a exigência da gratuidade no fornecimento de óvulos ou espermatozoides pode ser afastada. A resolução do CFM não possui valor jurídico ou força coercitiva e a previsão legal possível de se achar para a vedação à comercialização pode ser facilmente desconstruída por se pautar em um conceito analógico e muito esticado para alcançar a doação de gametas, como foi demonstrado, elaborado por uma parcela doutrinária, mas que

---

<sup>266</sup> A coleta para doação consiste na retirada de cerca de 450ml de sangue. O volume de sangue no organismo depende de muitos fatores e varia muito, mas podem ser feitas estimativas com base na altura, peso e gênero. A volemia é um termo médico para a quantidade de sangue circulando no corpo. Em um humano adulto ela é de aproximadamente 75 ml/kg. Normalmente, os humanos adultos possuem em média de 4 a 6 litros de sangue. Na doação se retira menos do que 10% do volume sanguíneo total de um adulto, por esse motivo só é permitida a doação por pessoas acima de 50 kg. RAY, C. Clairborne. O volume de sangue no corpo varia de acordo com o peso e a altura? *The New York Times*, Nova Iorque, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 26 maio 2016, p. 1-2.

<sup>267</sup> Para retirar os óvulos da paciente, ela é submetida a uma punção. Antes do procedimento, ela será sedada com um anestésico para que não sinta a leve picada da agulha da punção. A aspiração é realizada sob sedação e é guiada por um ultrassom transvaginal. Com o sedativo, a paciente irá dormir por alguns minutos e não sentirá qualquer dor. Então, o médico responsável irá iniciar o ultrassom transvaginal que estará acoplado a um guia que levará a agulha de punção até o ovário. A agulha é descartável, muito fina e delicada e está ligada a uma bomba de aspiração automatizada. ANDROFERT CENTRO DE REFERÊNCIA PARA REPRODUÇÃO MASCULINA. **Aspiração dos óvulos**. Disponível em: <<http://www.androfert.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

não possui enunciados jurisprudenciais suficientes para o manter. E, por fim, a lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, exclui expressamente o esperma e o óvulo do regramento que estabeleceu: “art. 1º. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, **não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo**”.

Em virtude dos argumentos apresentados, vale lembrar uma máxima do direito que diz: “o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”.

Pode-se dizer que a disponibilidade do corpo humano deve se conformar com as necessidades da coletividade, ou seja, embora o corpo humano seja indisponível, esta prerrogativa poderá ser suprimida desde que observada a adequação social (proporção entre o interesse ofendido e a vantagem social ou o benefício que possa levar a outrem).<sup>268</sup>

Assim, ofensa a integridade física não vê na cessão onerosa de células germinativas humanas e o benefício de dar a possibilidade a terceiros de construir um projeto familiar independente e saudável parece suficiente à outorga dessa disposição sobre o próprio corpo que cada indivíduo pode possuir.

Entendendo-se que a proibição dessa específica disponibilidade do próprio corpo encontra problema não somente na eficácia, atingindo a própria validade da regulamentação em si, visto que há correntes doutrinárias entendendo que um mínimo de eficácia torna-se condição da própria vigência da norma, onde uma norma que não é eficaz em certa medida, não pode ser considerada sequer como válida.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> GÓES, Winnícius Pereira de. **Transplante e comercialização de órgãos**: limites à disponibilidade do corpo humano. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016, p. 5.

<sup>269</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 426-427.

## 5.2 O CARÁTER EXISTENCIAL DOS BENS DE PERSONALIDADE E A DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO

Dando continuidade ao quesito que discorre sobre a disponibilidade dos direitos da personalidade, iniciado no capítulo 3 deste trabalho, observa-se que quando os doutrinadores tratam das suas características, sempre se fala na sua intrínseca indisponibilidade<sup>270</sup>, o que não é completamente verídico.

Houve a demonstração, aqui, da possibilidade referente à disponibilidade dos direitos relativos à personalidade do indivíduo, por representarem um caráter existencial do próprio ser humano, tendente a estruturar a sua própria dignidade, fundamento da república brasileira. Essa disponibilidade pode ser, inclusive, bem ampla, e já é, em alguns casos, admitida até pelo próprio ordenamento.

Para deixar bem claro, em outras palavras, o próprio sistema jurídico confere disponibilidade aos direitos de caráter existencial, fornecendo maior amplitude à autonomia existencial, o que não pode ser chamada de uma exceção em razão da frequente recorrência de possibilidades a respeito da disponibilidade de direitos fundamentais vislumbradas no ordenamento e no dia-a-dia.

Ao que pese, parte da doutrina defende a não-patrimonialidade de bens jurídicos que figurem em relações jurídicas que possuam como objetos direitos da classe existencial, elas podem ser encontradas dentro do nosso sistema normativo.

A autonomia privada, atuando sob a égide da autonomia existencial, pode firmar relações jurídicas com ou sem viés patrimonial, a fim de formular a sua própria existência e concretizar sua própria dignidade.

Exemplificadamente, o consentimento para a remoção de órgão em vida, para fins de transplante, é um negócio jurídico despido de patrimonialidade (parágrafo único, art. 13, CC, c/ §4º, art. 199, CF), caracterizando ato de autonomia existencial de disponibilidade sobre o próprio corpo. Já o consentimento informado para fins de intervenção cirúrgica (art. 15, CC) também é negócio jurídico formalizado por termo

<sup>270</sup> “Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis [...]”. DINIZ, Maria Helena.

**Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva: 2011, v. 1, p. 135.

“Intransmissibilidade e irrenunciabilidade – essas características, mencionadas expressamente o dispositivo legal supracitado [art. 11, CC], acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 191.

Os direitos da personalidade inatos, como o direito à vida, à integridade física e moral, estão sobrepostos a qualquer condição legislativa e são irrenunciáveis, porque estão vinculados à pessoa de seu titular que deles não pode dispor. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 28 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, v. 1, p. 204-205.

de consentimento informado, no qual a autonomia se dirige à atuação de uma pessoa sobre um corpo que não é seu.

[...] Afinal, se as situações existenciais tutelamos atributos essenciais do ser humano e livre desenvolvimento da vida em relação, em um ordenamento protagonizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fatalmente esta lógica antropocêntrica [...] conduzirá a uma **absoluta impossibilidade de se condicionar a proteção e a promoção da autonomia existencial a qualquer forma de funcionalização ou satisfação de interesses coletivos**<sup>271</sup>.

O que é feito pelo CC no art. 13 proibindo a disposição sobre o próprio corpo que contrarie os bons costumes.

Há uma esfera de disponibilidade que aceita a renúncia de direito da personalidade, mesmo que permanentemente. A transgenitalização, [...] é uma renúncia à integridade corporal e não apenas o exercício de um ato de autonomia existencial. Todavia legitima-se o ato de iniciativa por sua adequação a direitos fundamentais. O mesmo se diga da ortotanásia, que [...] representaria uma renúncia à própria vida, mas na ordem civil constitucional evidencia a proteção ao postulado da dignidade daquele que autonomamente manifesta o seu intuito de não se submeter a tratamentos fúteis e desproporcionais, quando constatada sua doença como crônica, grave e incurável<sup>272</sup>.

Isso pode ser justificado pelo fato de, nas situações existenciais, a vontade e a liberdade passarem a ter uma maior incidência, mas suas relevâncias somente poderão ser definidas no caso concreto, dependendo do sopesamento entre autonomia privada e os demais bens de personalidade envolvidos<sup>273</sup>.

Vários são os exemplos, então, amparados pelo ordenamento e, que há muito tempo são praticados, onde há uma disponibilização de bens de personalidade. Como uma publicidade realizada por celebridade, onde sua imagem fica vinculada a um produto ou marca (cessão da exploração da imagem); o contrato que envolve a exploração da intimidade das pessoas, onde é pago um cachê decorrente de participação em *reality shows* (como o *Big Brother Brasil*, transmitido pela Globo; *A Fazenda*, pela Record, entre outros)<sup>274</sup>. Esses são casos em que o aspecto patrimonial se localiza nos efeitos financeiros decorrentes da alienação de um direito da personalidade.

E, inclusive, pode-se ir além. Em filmes eróticos, há uma completa abdicação do direito à intimidade, onde há sua máxima exploração. Fazendo-se um parêntese, ainda, na difusão e popularização que tem havido de filmes eróticos amadores. Coisa distinta, pois, são atores da indústria pornográfica expondo sua imagem enquanto, porém, representam uma personagem.

<sup>271</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos: teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 127, sem grifo no original.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 127-128.

<sup>273</sup> CANTALI, Fernanda Borghuetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 209.

<sup>274</sup> FARIAS; ROSENVALD. *Op. cit.*, p. 128.

Mas diante da conjuntura envolvendo filmes amadores, são pessoas comuns que disponibilizam filmes e fotos eróticas na internet em troca de uma compensação financeira e, muitas vezes, nem isso, por mera satisfação<sup>275, 276</sup>.

É perceptível, desse modo, que a imposição constante do art. 11 no CC<sup>277</sup>, vedando, ao exercício dos direitos de personalidade, limitação voluntária, trata-se de uma verdadeira falácia. Ou, pelo menos, uma norma que carece de eficácia jurídica.

Há autores, como Roxana Borges<sup>278</sup>, que dizem que o direito à integridade física, em geral, é um direito indisponível, não tendo o sujeito o poder de dar o destino que considerar conveniente ao seu próprio corpo.

Mas há autores que contrariamente, referente à disposição sobre o próprio corpo, admitem uma restrição voluntária, dentro de certos limites (que protegem o indivíduo contra a sua própria fragilidade), ao direito à integridade física, isto é, verifica-se uma limitação voluntária à liberdade física, que, ao seu lado, direitos como a honra, reserva à intimidade, imagem, também podem ser alvos de limitações voluntárias válidas<sup>279</sup>.

A disciplina do art. 13 do CC diz que: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Contudo, a integridade física sofre várias lesões através de atos volitivos provenientes dos próprios titulares desse bem existencial.

Até o momento, nos exemplos trazidos era mais fácil assimilar essa disposição sobre bens de personalidade, pois se tratavam de atos altruístas ou requisições médicas (doação de órgão, cirurgia para curar algum mal, transfusão de sangue).

A intensão era justamente conduzir o leitor de modo que se procedesse à tranquila difusão da ideia de disponibilidade de direitos da personalidade. Mas, se a autonomia privada pode

<sup>275</sup> MARTINO, Natália. **O declínio da indústria pornô**: O mercado de filmes eróticos tenta se reinventar em um mundo no qual a pornografia gratuita está cada vez mais disponível na internet e os vídeos amadores fazem sucesso. Publicada em 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://istoe.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016, *passim*.

<sup>276</sup> BARBA, Danilo. **O lado obscuro da pornografia**. Disponível em: <<http://www.areah.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016, *passim*.

<sup>277</sup> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>278</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 208.

<sup>279</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 212-213.

dispor com fins altruístas e em casos de necessidade, vários são exemplos, de outro lado, de disposição sobre o próprio corpo e agressões à integridade física por motivos meramente estéticos ou em razão de entretenimento.

Tatuagens, *piercings*, cirurgias estéticas, esportes violentos, como o UFC<sup>280</sup>, para se citar o que está na moda, todos esses são exemplos de agressões severas à integridade física em nome do respeito à autonomia existencial que cada ser humano tem em dispor sobre o seu próprio corpo em completo detrimento ao direito de integridade física. As vedações à disposição corporal vão somente ao caso de medidas extremas (como se essas já não o fossem) como automutilações, suicídio etc.

E, fazendo uso dessa autonomia existencial, os titulares dos direitos podem chegar a extremos: pessoas que tatuam quase que 100% dos seus corpos; mulheres que põe silicone indiscriminadamente em busca de seios cada vez maiores, submetendo-se a sérios riscos de saúde e correndo risco de morte<sup>281</sup>; pessoas que deformam sua fisionomia por conta de uma estética às avessas, tatuando globo ocular<sup>282</sup>, serrando os dentes, pondo alargadores de orelha, cortando a língua.

Recentemente um jovem conhecido como o “ken humano brasileiro” quase morre buscando se parecer com um boneco, em sua sexta cirurgia no nariz, para afiná-lo, colocou uma cartilagem de cadáver para formar o nariz perfeito, o resultado disso foi o aparecimento de uma bactéria necrófila, que decompõem corpos mortos ter aparecido no seu rosto e começado a “comer” seu nariz<sup>283</sup>.

Todas essas manifestações são expressões da personalidade das pessoas e das mais variadas formas pelas quais elas concebem a própria dignidade. Afetam exclusivamente o próprio agente e configuram práticas lícitas, protegidas pela autonomia jurídica individual em sentido amplo, decorrente do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.

Também são lícitas as condutas de terceiros que auxiliem a realização de tais práticas<sup>284</sup>.

Diante dessa vasta lista de exemplos a respeito da disposição que as pessoas podem fazer em seus próprios corpos (outrossim, a disponibilidade e autonomia existencial alçada por outros

<sup>280</sup> UFC é a sigla de *Ultimate Fighting Championship*, uma organização americana de luta e artes marciais mistas, também conhecida por MMA (*Mixed Martial Arts*). SIGNIFICADO de UFC. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

<sup>281</sup> SILICONE estoura e mulher quase morre após seio ficar 10 vezes maior. Disponível em: <<http://www.clickpb.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>282</sup> TATUA GEM nos olhos: entenda por que não é uma boa ideia entrar nessa onda. Disponível em: <<http://www.megacurioso.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>283</sup> KEN HUMANO fala sobre a bactéria "comedora de carne" que contraiu após plástica no nariz. <<http://www.youtube.com/watch?v=MArSHhXwCRk/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

<sup>284</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 196-197.

direitos de personalidade, que foram, aqui, exemplificados), amparados pelo mandamento constitucional da dignidade da pessoa humana, onde cada um procura existir com a plenitude de ser, tendo uma autonomia quase que plena de gerir seu próprio corpo (e os demais direitos da personalidade), vê-se que o limite maior é o não causar dano a terceiros e não colidir, no caso concreto, com outros direitos que lhe sobrepujarem.

Assim, a autonomia privada, dentro das diferentes materializações de relações jurídicas, fundada no caráter existencial necessário à concretude da dignidade humana, pode realizar negócios jurídicos, envolvendo bens de personalidade, com ou sem aspecto patrimonial, que será traduzido como reflexo financeiro da faculdade de dispor de bens de personalidade.

Sendo que a vedação do CC, art. 13, à disposição do próprio corpo é quando esta impuser permanentemente diminuição de integridade física e caso não contrarie bons costumes. Hipóteses que não se encaixam à cessão onerosa de gametas reprodutivos, que não imprimem qualquer diminuição de integridade física, seja no homem, seja na mulher, e não colidem com práticas sociais vivenciadas nos dias de hoje, já que a doação de gametas para a RA exógena é praticada sem maiores questionamentos.

Os interesses que o direito privado disciplina existem na vida social independentemente da tutela jurídica, e movem-se numa vicissitude perene, onde quer que seja reconhecido aos particulares um conjunto de bens que lhes pertençam, sob o impulso da iniciativa individual. Os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, provêm à satisfação das suas necessidades, de acordo com a sua livre apreciação, por meio da permuta de bens ou de serviços, da associação de forças, da prestação de trabalho, do empréstimo ou da colocação de capitais em comum etc. [...] A iniciativa privada manifesta-se não só pela aspiração de obter determinados escopos práticos, mas também pelo desejo de criar meios correspondentes na vida social, antes ainda de qualquer intervenção da ordem jurídica, os particulares procuram, por si mesmos, obter os meios mais aptos. Ora os meios dessa natureza são, por excelência, os negócios jurídicos<sup>285</sup>.

Portanto, quando a norma não se atualiza para cobrir as aspirações da iniciativa privada e salvaguardar as mais diversificadas formas das crescentes necessidades humanas, esta lacuna normativa irá gerar uma instabilidade jurídica, onde figuram normas que carecem de eficácia ou uma lacuna normativa que causa insegurança em parcela da sociedade.

Entre as várias facetas que o direito ao próprio corpo pode exprimir, sabe-se que a cessão de gametas reprodutivos humanos é uma delas<sup>286</sup>. Contudo o fato de se usar uma célula fecundante de terceiro acarreta consequências que vão além da esfera jurídica daquele que fornece seu sêmen ou óvulo ou a barriga para gestar filho de outrem. Porém, dentro do corte

<sup>285</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, tomo 1, p. 63-64.

<sup>286</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 211.

epistemológico desse trabalho, estão excluídos os desdobramentos gerados no direito sucessório e no direito de família. Aqui o escopo é desmistificar o paradigma altruísta que envolve a gratuidade na doação de gametas e defender a regulamentação da versão pecuniária dessa proposta.

O direito privado permite aos homens e às pessoas jurídicas poder considerável para a constituição de negócios jurídicos. Nesse autorregramento da vontade, consultam eles necessidades e propósitos, inclusive tendências pessoais. Para exercer esse poder, lançam mão de manifestações de vontade, que tenham eficácia jurídica. Essas manifestações de vontade, ou só, ou juntas a outras manifestações de vontade de outras pessoas compõem os negócios jurídicos. [...] O princípio de que se parte é o do autorregramento da vontade (dito da autonomia da vontade) <sup>287</sup>.

“Sabe-se que a autonomia privada é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um” <sup>288</sup>. E, diante de tudo o que foi apresentado até este momento, é possível conceber a ideia de que não existe um fundamento legal que seja suficiente para a sustentação à proibição da comercialização dos gametas humanos. Tendo em vista, principalmente, a variada gama de usos, disposições e alienações que é realizada com vários direitos de personalidade em nome da autonomia jurídica privada referente a aspectos existenciais.

---

<sup>287</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XXIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 6.

<sup>288</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, tomo 1, p. 67.

*Eu quero mais do que você imagina que vou ter,  
dos meus sonhos, não vou desistir.*

*Eu sou pontos de interrogação sem respostas na  
canção. Só entenda que nunca serei o que  
querem pra mim.*

*Não sou mais menino pra chorar, sou um homem,  
vou buscar meu destino, eu vou mais além.*

*Será que o mundo vai me dar uma chance de  
lutar?*

*Ninguém sabe que eu estou aqui.*

*Mas sei tudo o que eu quero viver, dos meus  
sonhos vou fazer um caminho traçado por mim.*

*Por que todos querem controlar qualquer coisa  
que eu pensar, se pra eles não estou aqui? [...]*

*Todos tentam me dizer que eu preciso crescer,  
mas se ainda não tenho certeza do que quero ser,  
tenho toda certeza daquilo que não vou fazer!*

(Jota Quest)

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estabelecer um relacionamento entre os avanços da ciência e o ordenamento jurídico, implementado pelo processo de interdisciplinaridade entre ciências humanas e biológicas, com o escopo de alcançar e respeitar a integridade da pessoa humana à luz do princípio da dignidade é o fim traçado pelo biodireito.

A autonomia existencial de cada um relaciona-se com a preservação e afirmação de sua própria dignidade, traduzindo-se num processo de construção e configuração individuais e exclusivos do próprio indivíduo.

Contudo o campo jurídico ainda não conseguiu responder a contento a avalanche de questionamentos e necessidades que surgiram após os sempre crescentes avanços biotecnológicos e a implementação de técnicas de reprodução assistida.

Diante desse vácuo normativo, notadamente no que diz respeito a RA heteróloga, o direito enquanto objeto cultural deve acompanhar os anseios e necessidades socioculturais que são encontrados em todas as clínicas de reprodução assistida nos dias atuais, para que as regras que venham a surgir encontrem respaldo, eficácia e legitimação perante a sociedade que regulamenta.

Diante do multiculturalismo e da globalização, o direito não pode estagnar em ultrapassados moldes jurídicos. Em visitas e entrevistas a clínicas de fertilização artificial desta capital pude facilmente perceber que é a importação de gametas humanos de outros países é uma realidade comum naquele nicho, devido a grande escassez de material armazenado nas próprias clínicas.

Assim, o fornecimento das células de reprodução humana, a título oneroso, guarda consonância com os quatro princípios básicos da bioética e pode ser tutelada pelo biodireito. Não causa qualquer dano; é feito em benefício de outrem, a fim de possibilitar o nascimento de um filho desejado, também acarretando benefícios financeiros àquele que vendeu seus gametas. Todavia, o contrato de cessão onerosa de gametas não pode ser feito por qualquer um. Além de produzir os referidos gametas, que tem que ser saudáveis e aptos ao procedimento, o sujeito deve ser capaz de compreender seu ato para poder firmar o pacto, inclusive, à luz do princípio bioético e do biodireito da autonomia.

O gameta deve ser concedido por uma pessoa capaz e plenamente consciente dos seus atos, deferidos de maneira voluntária, livre de uma coação externa. A justiça se verificaria no fato de se poder dispor das suas células germinativas, possibilitando o uso destas por outras pessoas que delas venham a necessitar.

Colocando-se à parte as nuances decorrente do anonimato, que não é compreendido pelo corte epistemológico, qualquer pessoa juridicamente capaz poderia vender seus gametas sem que o ordenamento o punisse por isso, fazendo-se apenas alterações, ou inserções, pontuais no ordenamento, sem alterar a estrutura ontológica e axiológica da ideologia civil-constitucional brasileira.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDROFERT CENTRO PARA REPRODUÇÃO MASCULINA. **Aspiração dos óvulos**. Disponível em: < <http://www.androfert.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

BARBA, Danilo. **O lado obscuro da pornografia**. Disponível em: <<http://www.areah.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

BARBOSA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. *In*: BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, tomo 1.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo nº 1, de 1994**: Aprova o texto do Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada em Nova Iorque, em 9 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo, Saraiva, 2005.

CANCIAN, Renato. **Estado do bem-estar social**: história e crise do *welfare state*. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/>>. Acesso em: 03 maio 16.

CANTALI, Fernanda Borghuetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.  
 COLLUCCI, Cláudia. Brasil vira rota do turismo reprodutivo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 12 jun. 2005. Cotidiano. Disponível em: < <http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CONCELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada De Direito Civil: Enunciados Aprovados**. Realizada em Brasília, dias 12 e 13 set. 2002. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 03 maio 16.

CONCELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Publicada em 16 jul. 2015: <<http://www.portalmedico.org.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CONCEPTION CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA. **Tratamentos**. Disponível em: <<http://www.conceptionbr.com>>. Acesso em: 19 maio 2016.

COSTAS, RUTH. Preço mais baixo e qualidade atraem estrangeiros para clínicas de reprodução no Brasil. **BBC Brasil**, 03 set. 2012. Disponível em: < <http://www.bbc.com>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CRUZ, Edmir Jose Menezes; PEIXINHO, Manoel Messias; VELASCO, Carolina Altoe. Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia. *In*: XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**: “Pensar globalmente, agir localmente”. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 71-91. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh)>. Acesso em: 28 maio.

CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. Bioética de Intervenção: uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades com grupos sociais vulneráveis. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, vol. 2, n. 4, 2006, p. 483-500.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva: 2011, v. 1.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ENGELHARDT JR, Hugo Tristam. **Fundamentos da bioética**. Tradução José A. Ceshin. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ENGELHARDT JR, Hugo Tristam. A busca de uma moralidade global: bioética, guerras culturais e diversidade moral. *In*: ENGELHARDT JR, H. Tristam (Org.). **Bioética global: o colapso do consenso**. São Paulo: Paulinas: 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos: teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6 ed. , 10ª impressão. Curitiba: Positivo, 2004, 896 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. IV, tomo 1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito de família do século XXI. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

GÓES, Winnícius Pereira de. **Transplante e comercialização de órgãos**: limites à disponibilidade do corpo humano. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KEN HUMANO fala sobre a bactéria "comedora de carne" que contraiu após plástica no nariz. < <http://www.youtube.com/watch?v=MArSHhXwCRk/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 2 maio 2016.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da bioética**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego F. D.. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINO, Natália. **O declínio da indústria pornô**: O mercado de filmes eróticos tenta se reinventar em um mundo no qual a pornografia gratuita está cada vez mais disponível na internet e os vídeos amadores fazem sucesso. Publicada em 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://istoe.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

MEIRELLES, Ana Thereza. Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 35, ano 9, jul./set., 2008, p. 3-28.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XXIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. *In*: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**: “Pensar globalmente, agir localmente”. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 92-118. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh)>. Acesso em: 28 maio 2016.

NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PELLEGRINI, LUIS. **Tráfico de órgão humanos**: um mercado negro em expansão. Disponível em: <http://www.brasil247.com/>>. Acesso em: 03 maio 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 28 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Org. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

RAY, C. Clairborne. O volume de sangue no corpo varia de acordo com o peso e a altura? **The New York Times**, Nova Iorque, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.  
SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. 194 f. Tese de Doutorado em Relações Sociais e Novos Direitos. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMIDT, Adriano Vieira; TITTANEGRO, Gláucia Rita. A autonomia principialista comparada a autonomia do libertarismo. **Revista Pistis & Práxis: teologia e pastoral (PUCPR)**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009, p. 173-198.

SIGNIFICADO de autonomia. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SIGNIFICADO de UFC. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

SILICONE estoura e mulher quase morre após seio ficar 10 vezes maior. Disponível em: <<http://www.clickpb.com.br/>>. Acesso em: 2 maio 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SONOLAYER CENTRO DE DIAGNÓSTICOS. **Reprodução humana**: inseminação artificial. Disponível em: <<http://www.sonolayer.com.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

TATUAGEM nos olhos: entenda por que não é uma boa ideia entrar nessa onda. Disponível em: <<http://www.megacurioso.com.br/>>. Acesso em: Acesso em: 2 maio 2016.

TECIDO conjuntivo sanguíneo. Disponível em: <<http://www.sobiologia.com.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.