

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ISADORA MACHADO PEREIRA

OS DIREITOS REPRODUTIVOS PELO VIÉS CIVILISTA:
a tutela dos embriões na eventual separação dos cônjuges

Uberlândia – MG

2022

ISADORA MACHADO PEREIRA

**OS DIREITOS REPRODUTIVOS PELO VIÉS CIVILISTA:
a tutela dos embriões na eventual separação dos cônjuges**

Dissertação apresentada à banca examinadora para defesa no Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração da linha 2 de pesquisa com foco sobre a temática SOCIEDADE, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Professor Orientador: Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Uberlândia - MG

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

P436d Pereira, Isadora Machado, 1994-
2022 Os direitos reprodutivos pelo viés civilista: a tutela dos embriões na
eventual separação dos cônjuges [recurso eletrônico] / Isadora Machado
Pereira. - 2022.

Orientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2023.7005>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Rosa, Luiz Carlos Goiabeira, (Orient.). II. Universidade
Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

CDU: 340

Glória Aparecida
Bibliotecária Documentalista - CRB-6/2047

**OS DIREITOS REPRODUTIVOS PELO VIÉS CIVILISTA:
a tutela dos embriões na eventual separação dos cônjuges**

Dissertação apresentada à banca examinadora para defesa no Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração da linha 2 de pesquisa com foco sobre a temática SOCIEDADE, SUSTENTABILIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Professor Orientador: Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Aprovado em:

Membros componentes da Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 174, PPGDI				
Data:	Vinte e oito de outubro de dois mil e vinte e dois	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	12012DIR010				
Nome do Discente:	Isadora Machado Pereira				
Título do Trabalho:	OS DIREITOS REPRODUTIVOS PELO VIÉS CIVILISTA: A TUTELA DOS EMBRIÕES NA EVENTUAL SEPARAÇÃO DOS CÔNJUGES				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoras/es: Roberta Densa - FDSBC; Keila Pacheco Ferreira - UFU; e Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às/aos examinadoras/es, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/es e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/es e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 02/12/2022, às 14:16, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Keila Pacheco Ferreira, Professor(a) Substituto(a) do Magistério Superior**, em 10/12/2022, às 22:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Roberta Densa, Usuário Externo**, em 12/12/2022, às 18:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ISADORA MACHADO PEREIRA, Usuário Externo**, em 13/12/2022, às 23:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4045165** e o código CRC **49E13F6E**.

Aos meus pais, por serem rocha e conforto, e
acima de tudo por acreditarem, mesmo quando
eu já duvidava de mim.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado não poderia chegar a bom porto sem o precioso apoio de várias pessoas que trilharam meu caminho. Aos meus pais, Jaques e Geralda que, desde cedo, me ensinaram o valor da educação para se entender o mundo e que me mostraram, com muita paciência e amor, que não há limites para a busca de um sonho.

Agradeço meu orientador, Luiz Carlos Goiabeira Rosa, por toda a paciência, empenho e sentido prático com que sempre me orientou neste. Muito obrigada por me ter corrigido quando necessário sem nunca me desmotivar, por me apoiar mesmo quando não concorda com meus argumentos. Gratidão!

Desejo igualmente agradecer aos professores que esbarraram em meu caminho, e me mantiveram firmes no propósito acadêmico. Se não fosse o exemplo tão límpido, o sonho não seria o caminho, em especial a Cândice Lisboa, minha primeira orientadora.

Por último, quero agradecer aos amigos pelo apoio incondicional que me deram, pelas abstinências, pelos sumiços e por me ouvirem pestanejar Ruth, Pedro, Luciano e Anna. Também agradeço, especialmente a minha parceira de academia, amiga que o mestrado trouxe, Beatriz.

RESUMO

A infertilidade é realidade para muitos casais que desejam a filiação. Nesses casos a vontade poderá ser efetivada biologicamente ao se valer de técnicas modernas de reprodução desta forma, graças ao avanço das ciências biológicas a dificuldade do casal pode ser ultrapassada. Com o fim de tratar das perspectivas que envolvem a reprodução humana, vida, morte, dignidade, o presente estudo se valerá além dos princípios constitucionais e fundamentais, que guarnecem o tema.

A regulamentação resolverá problemas jurídicos cada vez mais presentes na sociedade e até então sem resposta clara, como por exemplo a custódia dos embriões em caso de litígio entre o casal. Posto isto, o núcleo do estudo se pautará na tutela dos embriões no estado brasileiro devendo, portanto, perpassar por todos os questionamentos acima citados com o fim, de estabelecer respostas sólidas sobre da tutela civil do embrião quando o mesmo for “objeto” de litígio

E é sobre esses aspectos que o presente estudo, notadamente, quando por fatos alheios à vontade inicial dos cônjuges, os embriões não têm a destinação pretendida que seria de implantação e gestação do possível feto. Assim, por inúmeras razões que se impõe ao casal, a tutela destes embriões pode gerar conflitos sobre a destinação quando não mais for circunstância comum entre os integrantes dessa ex conjugação marital. Ou seja, como dirimir os conflitos da litigância entre ex cônjuges sobre a destinação dos embriões criopreservados, e fruto da combinação cromossômica de ambas as partes envolvidas.

ABSTRACT

Infertility is a reality for many couples who wish to become a member. In these cases, the will can be biologically effected by using modern techniques of reproduction in this way, thanks to the advance of biological sciences, the couple's difficulty can be overcome. In order to deal with the perspectives that involve human reproduction, life, death, dignity, the present study will use beyond the constitutional and fundamental principles that garnish the theme.

Legal regulation will solve legal problems that are increasingly present in society and until then without a clear answer, such as the custody of embryos in case of dispute between the couple. That said, the core of the study will be based on the protection of embryos in the Brazilian state and, therefore, must go through all the above-mentioned questions in order to establish solid answers about the civil protection of the embryo when it is "object" of litigation.

And it is on these aspects that the present study, notably, when, due to facts unrelated to the initial will of the spouses, the embryos do not have the intended destination that would be the implantation and gestation of the possible fetus. Thus, for numerous reasons that are imposed on the couple, the guardianship of these embryos can generate conflicts about the destination when it is no longer a common circumstance between the members of this ex-marital conjugation. In other words, how to settle disputes in litigation between ex-spouses about the destination of cryopreserved embryos, and the result of the chromosomal combination of both parties involved.

Sumário

INTRODUÇÃO	5
1 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS REPRODUTIVOS	7
1.2 Direitos Humanos, fundamentais e a Dignidade Humana	15
1.3 Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos	20
1.3.1 Planejamento familiar e a autonomia dos genitores sobre o embrião	22
1.3.2 Do Conflito de vontades e a teoria da ponderação	33
2. DO EMBRIÃO	44
2.1 Direito à vida: contexto filosófico	46
2.2 A perspectiva jurídica do direito à vida	54
2.3 O Enquadramento Jurídico Do Embrião	67
2.3.1 Da natureza e personalidade do embrião	70
3 A TUTELA DO EMBRIÃO NA SEPARAÇÃO DOS CÔNJUGES	81
3.1 <i>Dos Embriões</i>	86
3.1.1 Embriões Excedentários Doados	89
3.1.2 Embriões Excedentários Criopreservados	99
3.2 <i>Da família: princípios e dissociação</i>	112
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Em quase três décadas mais de 80 mil bebês foram fruto de tratamentos para infertilidade, onde dentre as interessadas, mulheres acima de 40 são destaque. O Brasil lidera o ranking latino-americano dos países que mais realizaram fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões – 83 mil bebês brasileiros nasceram, em 25 anos, por meio de tratamentos de reprodução assistida¹. Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em 2018 foram congelados 88.776 embriões para uso em técnicas de reprodução humana assistida - 13,5% a mais do que no ano de 2017² -, no ano de 2019, foram congelados 100.380 embriões para serem utilizados em técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), 13% a mais que no ano anterior³.

Noutro prisma, após a formação do embrião ou pré-embrião, este poderá ou não ser utilizado caso não seja o momento certo para a implantação – geralmente, quando o casal utilizou da FIV para garantir uma futura parentalidade, ou mesmo quando “sobram” embriões para futuras tentativas de implantação (embriões excedentários). Haverá então, caso haja consentimento do casal, a criopreservação dos embriões excedentários (congelamento em -198°C), em face do que, após três anos de criopreservação e se o casal em comum acordo não mais quiser utilizar daquele embrião, poderá doá-lo tanto para outros casais ou para pesquisa⁴.

Entretanto, apesar dos avanços da biotecnologia possibilitarem a resolução de inúmeros problemas de fertilidade, tal avanço trouxe também novos questionamentos dentre os quais se destaca o seguinte: no caso de dissolução de uma união afetiva, a qual dos cônjuges caberia a posse dos embriões?

Nesse mister, o presente trabalho presta-se a discorrer sobre a forma pela qual os embriões criopreservados serão tutelados, em caso de desfazimento da relação conjugal. Para tanto, adotar-se-á o método dedutivo, partindo-se da premissa geral do direito à reprodução enquanto direito humano e fundamental, perpassando por questões tais quais a condição jurídica

¹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - Brasil Lidera Ranking Da América Latina Em Reprodução Assistida, Aponta Levantamento - 2019. Disponível em: . Acesso em: 24, março 2020

² ANVISA. 12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

³ ANVISA. 13º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTUVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.294. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. 2021.

do embrião, o destino de embriões conforme a vontade dos pais em consonância com padrões e fatores bioéticos, para então se discutir de que forma se deve considerar o embrião para se mensurarem os direitos e obrigações dos ex-cônjuges sobre aquele.

A resposta sobre os questionamentos e as hipóteses citadas serão melhor apresentadas nos capítulos a seguir. Pretende-se em um primeiro momento entender os parâmetros gerais do tema, entendendo os direitos humanos, os seus liames de aplicação e limites especialmente no que tange aos direitos reprodutivos e de personalidade. Em um segundo momento pretende-se explanar as conceituações várias – diversas áreas- do que se denomina vida, para assim compreender a condição humana do embrião e seu enquadramento jurídico. Seguidamente, quando em uma eventual separação dos cônjuges como deverá ser a tutela e a destinação do embrião excedentário.

1 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS REPRODUTIVOS

O direito é fundamental para a convivência do homem em sociedade. Segundo a concepção realiana⁵, o Direito seria fruto das relações sociais ou do espírito cultural de determinada época, estando sempre em formação já que assim também está a sociedade, seus valores e os fatos que embasam o direito. Nas palavras de Dworkin, “os direitos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo que um indivíduo tem direito na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas”⁶.

Nesse viés, o Estado Democrático de Direito é uma forma de Estado em que a tônica é o respeito aos direitos humanos e fundamentais e naturais a todos os cidadãos. Nesse contexto e dada a complexidade e inovação do tema bem como para entender melhor esses direitos, faz-se necessário abranger ainda que brevemente a ideia de direitos reprodutivos a partir de uma perfunctória abordagem sobre os direitos humanos e fundamentais.

1. 1 Dos direitos fundamentais como Princípios

Desde meados do século 20, os Direitos Humanos imiscuíram-se de um caráter universalista ao apontar os direitos naturais do homem como seu fundamento, sendo assim, acima de qualquer Estado, da fé ou da cultura. Segundo Habermas, para além do viés privado apontado pela positivação dos direitos humanos, estes estruturam uma moral global de cunho universalista ao vislumbrar uma comunidade cosmopolita inclusiva - ou seja, com os mesmos valores sociais que abarcam os direitos humanos⁷.

Nesse mister, os Estados democráticos contemporâneos fundamentaram-se no contexto dos direitos humanos para positivarem em seus textos constitucionais prerrogativas essenciais e condições *sine qua non* à vida digna de seus cidadãos – os direitos fundamentais⁸ ⁹. Para Canotilho, os direitos fundamentais seriam as estruturas do Estado de direito no plano interno, ao serem positivados afirmam-se como normas pátrias com núcleo básico do direito

⁵ REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado I. 5. ed. rev.- São Paulo : Saraiva, 2000, p.8.

⁶ DWORKIN, Ronald. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.136.

⁷ Habermas já dizia que “os direitos fundamentais são vistos como uma concretização dos direitos humanos ancorada na constituição de um país”. (IN HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p.29)

⁸ HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 7.

⁹ É cediço que um direito humano não necessariamente é um direito fundamental e vice-versa. Entretanto, para fins do presente estudo, quando se diz que os direitos fundamentais derivam dos direitos humanos, está-se a referir exclusivamente aos direitos fundamentais que se consubstanciam em reproduções quase literais dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que são aplicáveis ao tema ora debatido.

internacional¹⁰, “na consideração destes direitos como direitos subjectivos, isto é, como posições ou pretensões individuais juridicamente accionáveis através de procedimentos e processos específicos previstos e regulados na ordem jurídica”¹¹.

A teoria dos direitos fundamentais causou mudanças significativas no direito positivo que, se antes se baseava no princípio da legalidade, no direito natural apartado do ordenamento – e desta forma relegado a segundo plano - e somente se reputando válidas as leis onde em tal contexto privilegiava-se a regra em detrimento do princípio, a partir da mudança paradigmática trazida pela Constituição Federal de 1988 o sistema jurídico passou a ser explicado em termos de direitos fundamentais e os significados que eles conferem ao se tornarem objetos reais na forma de princípios constitucionais. É dizer: os direitos fundamentais são a base principiológica dos Estados democráticos constitucionais contemporâneos.

Nesse aspecto, os direitos fundamentais têm por supedâneo abstrações idealistas, como por exemplo a dignidade humana, liberdade, interesse comum ou justiça. No entanto, esses termos são muito abrangentes e, por não terem um conceito fechado, podem ser preenchidos de várias maneiras, até mesmo de maneiras contraditórias¹², haja vista que todas as pessoas que buscam proteção legal devem consolidar sua dignidade, seus ideais de liberdade, seus pontos de vista sobre os interesses comuns e seus objetivos de justiça, e nesse mister e ao menos num primeiro momento, a subjetividade na concretização de tais anseios pode dar margem a diversas interpretações.

Há dois lados doutrinários que tratam de tal aspecto. A primeira, de natureza formal, propugna que é a própria positivação que confere validade aos direitos fundamentais: em termos de legitimar direitos, eles são em última análise baseados no valor, fato que subjetifica o direito, ideia totalmente contrária a positivação das leis¹³. Já pela segunda justificativa, de natureza material, os direitos fundamentais são válidos por conta de seu conteúdo de justiça, conforme aduz Joaquim Salgado:

[...] O direito é visto numa perspectiva dialética que se movimenta nos seus vetores lógico e axiológico, que dão o resultado do sentido do justo de totalidade dos seus momentos, que se desenvolvem como elaboração, interpretação e aplicação. Os valores entram para o mundo do direito como por acessão. [...] De modo que só é livre quem tem direitos subjectivos e os frui reconhecidamente, portanto no convívio com um plexo de direitos e deveres,

¹⁰ CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. 1999, p.12

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. 2005, p.82

¹² HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 7.

¹³ Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Embora a construção razoável ou a verificação do valor possam ser consideradas, não se originam da razão como mesmo criticava Kelsen. Ou seja, em termos claramente kelsenianos, o fundamento do direito seria o próprio direito.

por isso numa ordem normativa, pode-se dizer que o valor natural ao direito é a justiça.¹⁴

O que se deve ressaltar é que as regras são diretas e determinadas, mas a sua racionalidade e objetividade pura imposta pela lei redundam em uma subsunção adstrita de valores¹⁵, fato que engessa o direito e nem sempre traz justiça para o caso concreto. Nesse ponto é que se frisa a questão da coexistência e convivência entre regras e princípios, em face do que o caráter principiológico dos direitos fundamentais serve para organizar a estrutura do sistema jurídico como um todo¹⁶, de modo que as regras somente devem ser compreendidas no sentido determinado por tal caráter.

A propósito, faz-se necessário aqui apontar sucintamente a teoria a ser defendida neste trabalho que diferencia as regras dos princípios, bem como a relação horizontal nas relações privadas quando há conflito entre os particulares. Segundo Robert Alexy, tanto regras como princípios são normas possuindo assim misteres deônticos - ou seja, apontam obrigações, proibições ou permissões -, diferindo no tocante à abrangência e aplicabilidade¹⁷. Sucintamente, como os direitos fundamentais se baseiam em princípios e a hermenêutica é aplicada no caso concreto, enseja a abertura da sua própria existência. É com base nisso que Alexy defende uma teoria estrutural para a busca correta da aplicação do direito de forma racional e argumentativa.

Desta forma, para entender sua perspectiva volta-se para os conceitos que diferenciam as normas. Segundo o jurista alemão, as regras jurídicas são dotadas de maior densidade normativa ao especificar hipóteses que podem ser perfeitamente amoldadas aos fatos considerados, no que tal ato denomina-se subsunção¹⁸ e, como ensina Ronald Dworkin, as regras operam na lógica do tudo ou nada (*all or nothing*)¹⁹.

Alexy defende as regras como sendo razões *prima facie* definitivas, já que para a aplicação deve-se verificar o conteúdo delimitado, jurídico e faticamente possível²⁰. Neste cenário, ilustra-se o exemplo do crime de homicídio constante no artigo 121 do Código Penal que aponta como proibição matar alguém, incutindo o sujeito que o fizer à pena de seis a vinte

14 SALGADO, joaquim carlos. a idéia de justiça no mundo contemporâneo. belo horizonte: del rey, 2006,p.261

15 KAUFMANN, arthur. a problemática da filosofia do direito ao longo da história. lisboa: fundação calouste gulbenkian, 2002. p.95

16 HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p.32.

17 ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p. 251

18 ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.133;

19 DWORKIN, Ronald. Levando Os Direitos A Sério. Tradução Nelson Boeira - 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

20 ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.52.

anos de reclusão²¹: denota-se que o mandamento deontológico proibitivo desta regra visa a concretizar um princípio identificado como o direito fundamental à vida, o qual, uma vez violado pelo crime cometido, impõe por meio do aludido artigo a pena de restrição de liberdade.

Pode acontecer de duas regras aparentemente serem aplicáveis ao caso concreto e num primeiro momento parecer que apresentam comandos contraditórios entre si, ao que tal conflito se revela aparente posto que o direito, por ser um sistema coerente, é um ordenamento sistêmico com critérios de resolução. Essa situação de “conflito aparente de normas” é tecnicamente chamada, também, de antinomia. Frisa-se aqui que em todo ordenamento jurídico há argumentos e interesses conflitantes porque senão não haveria nada para regular legalmente²².

Em tal conflito, há se de perceber dois pontos: a cláusula de exceção que pode existir na aplicação da regra e, se não for este o caso, a adoção de critérios de resolução, os quais segundo Norberto Bobbio consubstanciam-se em três: o hierárquico (norma superior se aplicando em detrimento da norma inferior, preservando a coerência), o cronológico (a lei nova afasta a antiga) e o da especialidade (a norma especial afasta a aplicação da geral)²³.

Já os princípios de direito têm conceito aberto e representam os valores sociais que têm certa ampliação conceitual, e por isso mesmo positivados possuem uma efetivação adaptável ao caso concreto. Os princípios são ordens que devem ser aplicadas na maior medida possível estando condicionados a possibilidades de ordem fática e jurídica, daí então serem chamados por Alexy de mandamentos otimizadores²⁴ máxime porque, de acordo com o jurista norteamericano, os princípios têm em sua definição uma aplicação aberta que pode ser satisfeita em vários graus²⁵.

Alexy afirma que o grau de satisfação do princípio não é dado pelo princípio e sim pela colisão no caso concreto, razão pela qual é na aplicação do direito que se deve analisar duas possibilidades, uma de ordem fática e outra de ordem jurídica. Segundo Virgílio Afonso da Silva, na possibilidade de ordem fática tem-se como limite o próprio princípio o que a

²¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

²² JANSEN, Nils. Los Fundamentos Normativos De La Ponderación Racional En El Derecho. In Jan - R Sieckmann (ed). LA TEORIA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011, p.58.

²³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24

²⁴ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.90

²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

hermenêutica interna de seu conteúdo propicia – por exemplo, o direito fundamental à liberdade de expressão por óbvio não coaduna com o discurso de ódio²⁶.

Já para o limite externo, possibilidade de ordem jurídica pode ser definida na colisão entre princípios que não possuem entre si diferença de hierarquia ou validade - critérios também utilizados nas antinomias como se viu anteriormente -, e nesse ponto não haveria *a priori* critérios para a escolha de qual princípio a ser aplicado no caso concreto, razão pela qual se deve proceder à atribuição de pesos aos mandamentos de otimização - o chamado sopesamento.

Primeiramente, deve-se questionar quais seriam os direitos fundamentais envolvidos na colisão de princípios, pelo que, conforme apontado por Alexy, a verificação da relação de precedência entre os direitos não é uma relação absoluta e por isso a mais consentânea solução seria a identificação de qual princípio tem maior precedência ou peso no caso²⁷. Denotar-se-ia então o momento em que o sopesamento iria de fato ocorrer - a “Lei da Colisão”, que pode ser definida como um conjunto de ações que ao ser aplicadas no caso concreto revelam de forma argumentativa e estrutural a resposta para o conflito entre princípios de mesma força. De outro modo, seria uma regra que enseja que o mesmo suporte fático e as mesmas circunstâncias devem demandar a mesma resposta, que é obtida através da proporcionalidade²⁸.

A atribuição de pesos diferentes a princípios é sempre concreta e nunca pode ser abstrata. Isto pois, o sopesamento na abstratividade implicaria na possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade de normas constitucionais ou a realizações de hierarquizações subjetivas. Isso não se admite pois seria uma violação do Estado Democrático de Direito. Com isso, tem-se a existência de um sistema único com diversos valores objetivos e hierarquicamente com a mesma valoração. O sopesamento é atribuição de maior ou menor peso aos valores do caso em concreto dentro de circunstâncias definidas, ou seja, peso concreto do princípio aplicado. Sopesamento só ocorre em face ao plano dos princípios aplicados concretamente²⁹.

Nas palavras de Dworkin, seriam como direitos concorrentes que seriam ameaçados caso o direito em questão não fosse limitado³⁰: não haveria uma delimitação clara dos direitos individuais, devendo-se então ir ao cerne da questão os princípios envolvidos na colisão entre os

²⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 25.

²⁷ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.555.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 45.

²⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

³⁰ DWORKIN, Ronald. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.297

indivíduos sociais. Conquanto essa dificuldade de delimitação dado o próprio caráter principiológico dos direitos humanos, faz o pensador concluir que “num caso difícil não pode haver uma resposta correta, mas apenas uma série de respostas aceitáveis”³¹.

O método para solução do conflito entre princípios é, pois, dado pelo princípio da proporcionalidade³², consubstanciado em vetores de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Mas, perceba-se, trata-se de solução específica para o caso concreto³³. Juridicamente, ambos os princípios continuam valendo e nenhum dos dois é anulado, e nesse contexto as peculiaridades do caso concreto é que determinarão a aplicação de um princípio em detrimento do outro. É dizer: valendo-se da ideia de tensão, pode-se compreender que o princípio aplicado foi aquele que teve mais “força” diante do caso concreto.

Todavia, frisa-se a necessidade de encarar tal procedimento mesmo que subjetivo ao caso concreto como uma tática de aplicação. Nas palavras de Nils Jansen, o conceito de ponderação aqui denominado *proporcionalidade* é válido se universalmente expressar leis gerais de raciocínio ou padrões universais e não legais de racionalidade que são obrigatórios em qualquer argumentação normativa³⁴. Nesse mesmo contexto, Dworkin aponta que “o juiz continua tendo o dever mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”³⁵.

Resumidamente, princípios podem ser satisfeitos em graus variados, e sua satisfabilidade depende da possibilidade fática e/ ou jurídica do caso concreto já que o grau de satisfação não é determinado pelo próprio princípio³⁶: enquanto mandamentos de otimização, os princípios têm como objetivo resguardar direitos e servir de parâmetro axiológico. Percebe-se que de todos os elementos do discurso jurídico há uma condição limitadora em comum quais os fundamentos racionais³⁷.

A valorização da necessidade de uma teoria da argumentação jurídica racional para discussão metodológica – o juiz deve poder argumentar racionalmente, também, quando não há

³¹ DWORKIN, Ronald. Levando Os Direitos A Sério. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.445.

³² ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.116;

³³ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.368;

³⁴ JANSEN, Nils. Los Fundamentos Normativos De La Ponderación Racional En El Derecho. In Jan- R Sieckmann (ed). La Teoría Principialista De Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011, p.57.

³⁵ DWORKIN, Ronald. Levando Os Direitos A Sério. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.127

³⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 39;

³⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50;

pressupostos da demonstração lógica³⁸. Se a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa, a decisão judicial preenche tal lacuna segundo critérios da razão prática somado às concepções gerais de justiça da coletividade, sendo uma visão normativa com enfoque normativo³⁹. Então, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível⁴⁰.

No conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro. A partir de então é que Robert Alexy passa a adentrar em sua teoria, apoiando-se, essencialmente, no postulado da proporcionalidade⁴¹, em que ponderação e subsunção constituem operações básicas de aplicação alternativa do direito e da mesma categoria⁴². A diferenciação seria que a subsunção se aplicaria para as regras, casos fáceis. Já quando em todos os outros casos - difíceis pondera, no sentido de um mandato de otimização⁴³.

A grande vantagem desse caminho escolhido é poder impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva, buscando-se sempre a justiça do caso concreto. Assim, a teoria estrutural⁴⁴ de Alexy é guiada por duas ideias centrais: primeiro, a busca da decisão correta, com base em uma fundamentação racional da argumentação e da decisão (controlabilidade intersubjetiva)⁴⁵; segundo, a busca pela racionalização entre os direitos fundamentais aplicados com o dever-ser determinado, controle da subjetividade da decisão. Não seria o direito um juízo descritivo e sim normativo-prático⁴⁶, através da linguagem

³⁸ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.548;

³⁹ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.129;

⁴⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

⁴¹ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.588;

⁴² JANSEN, Nils. Los Fundamentos Normativos De La Ponderación Racional En El Derecho. In Jan - R Sieckmann (ed). LA TEORIA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011, p.51

⁴³ POSHER, Ralf. Acertados, Errores Y Falso Autoconcepto De La Teoría De Los Principios. In Jan - R Sieckmann (ed). LA TEORIA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011, p.83.

⁴⁴ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.620;

⁴⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 35;

⁴⁶ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.612;

há um caminho de construção do dever ser e o enunciado normativo que deve ter um mecanismo de controlabilidade intersubjetiva e decisão racional através de um caminho argumentativo⁴⁷.

O objetivo de Robert Alexy é o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Logo, do mandado contido nos enunciados das normas de direitos fundamentais se deduz o caráter de princípio dos direitos fundamentais, e desse caráter se deduz a máxima da proporcionalidade, como critério de solução de eventual colisão entre princípios de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais produzem uma série de importantes efeitos que transcendem a noção de direito subjetivo. Segundo Alexy, em uma teoria estrutural⁴⁸ dos direitos fundamentais o que importa são as questões analíticas, como por exemplo a diferenciação entre norma e posição para os direitos subjetivos. As normas de direitos fundamentais para Alexy⁴⁹ têm dupla abertura – a semântica, que consiste em uma interpretação aberta e não definitiva; e a estrutural, segundo a qual o mesmo direito fundamental pode se manifestar de formas diferentes tanto de natureza de defesa quanto de prestação de serviço⁵⁰.

Alexy defende que é necessário controlar o limite de desdobramento estrutural de um direito fundamental que enseja diversos outros direitos fundamentais atribuídos, neste processo nebuloso de concessão é necessário rigor racional⁵¹. Assim, não basta apenas elencar o direito fundamental instituído com o atribuído, mas sim que haja um processo de argumentação que fundamente constitucionalmente a concessão do direito atribuído. A teoria da argumentação⁵² jurídica é a metodologia utilizada para racionalizar e conceder a aplicação dos direitos fundamentais derivado atribuído.

Assim, a abertura semântica e estrutural dos direitos humanos como princípio explica a fluidez das várias interpretações e sentidos que o tema apresentado pode deter. Todavia, frisa-se a relevância primordial que delimita tantos os limites quando os deveres, e para além, todo o ordenamento jurídico, a dignidade humana. Sobre a máxima jurídica da dignidade, é o que se verá a seguir.

⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

⁴⁸ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.309;

⁴⁹ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.543;

⁵⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 43

⁵¹ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.309;

⁵² ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, 2008, p.548;

1.2 Direitos Humanos, fundamentais e a Dignidade Humana

Nas palavras de Habermas, “[...] os direitos humanos são entendidos como condições de inclusão em uma comunidade política”⁵³ e seu núcleo essencial é a proteção da dignidade: o homem não deve ser meio, e sim o fim em si mesmo. Ou seja, a dignidade inerente ao humano é fundamento sendo assim tais direitos são naturais, básicos de que gozam todos pela sua simples existência e, independentemente da sua classe social, raça, nacionalidade, religião, cultura, ocupação, sexo, orientação sexual ou quaisquer outros direitos que possam diferenciar o ser humano, devem ser garantidos.

O atributo da dignidade humana, quando e onde quer que seja, por sua vez, prevalece não apenas no plano moral, mas também no plano jurídico, no poder do Estado, qualquer que seja a origem desse poder e organização do governo. Assim como, no plano internacional já que cada vez mais o seu reconhecimento e proteção universal validam positivamente. De tal forma, conclui-se que não são uma invenção humana, mas o atestado da compreensão do respeito a humanidade, o documento internacional que formaliza tal pensamento é “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”⁵⁴

Segundo o Preâmbulo da “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A junção intrínseca entre direitos humanos e a dignidade, constituem a própria base de existência um do outro. Segundo Habermas, mesmo que em um primeiro momento essa interligação fosse implícita, haveria um vínculo conceitual entre ambos os termos, já que dignidade e o “conceito direitos humanos sempre surgiram primeiramente a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação”⁵⁵. Para o autor, os direitos humanos seriam resposta a violação da dignidade humana, todavia questiona a demora na discussão da dignidade humana:

É interessante a circunstância em que somente após o final da segunda Guerra Mundial o conceito filosófico de dignidade humana, que entrou em cena já na Antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida atualmente, tenha sido introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor[...] O conceito de dignidade humana como conceito jurídico não aparece nem nas declarações clássicas dos direitos humanos do século XVIII, nem nas condições do século XIX.. Por que no

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Entre Facticidade e a Validade. São Paulo. Editora Unesp. 2020, p. 35

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 19/06/2022

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Entre Facticidade e a Validade. São Paulo. Editora Unesp. 2020, p. 6.

direito o discurso dos direitos humanos surgiu tão mais cedo do que o da dignidade humana?⁵⁶

Sobre o questionamento, Habermas ainda pontua que apesar de todo o movimento kantiano pela valorização do homem foi somente após as grandes guerras que a inviolabilidade da vida e o respeito ao homem foi colocada ao posto de valor social: Habermas aponta que foi no contexto histórico do Holocausto que a ideia de direitos humanos foi “carregada moralmente com o conceito de dignidade”⁵⁷. Todo aquele que participa da sociedade tem o direito de participar dos planos, assuntos e vontade social, pelo que, a justiça vem da participação nos assuntos comuns da sociedade para formar uma vontade geral e da heterodeterminação coercitiva. Qualquer exclusão é ilegal, o Estado não pode privar os cidadãos de seus direitos contra sua vontade e ninguém pode ser excluído da lei: igualdade vira um postulado também da dignidade.

Neste contexto, Dworkin aponta o que a restrição a uma liberdade deve ser calculada no limite de outra liberdade, ou seja, o coloquial preceito de que um direito termina quando se inicia o de outro. Desta forma, a justificação para restrição a um direito deve ser manejada de acordo com a “utilidade geral – ou seja calculado de modo que, no computo geral produza mais benefícios que danos”⁵⁸. A igualdade é relativizada pela proporcionalidade. No direito privado, o princípio da igualdade está subordinado ao princípio da autodeterminação, mas tem precedência sobre a preponderância da maioria⁵⁹.

Para Giovane Pico Delamirandola⁶⁰ a capacidade do homem autodeterminar-se entre o bem e o mal implica em reconhecer a dignidade humana, pelo que a dignidade está no agir com liberdade em direção ao bem. Já a dignidade como agora é conceituada, pode ser definida com a postura Kantiana ao defender que o homem é o fim em si mesmo⁶¹.

Neste cenário, Catarina Santos Botelho⁶² defende que o conceito de dignidade da pessoa humana evidencia a sua natureza autorreferencial, porquanto a dignidade de um ser humano é precisamente aquilo que faz desse ser um ser humano, é a humanidade que lhe subjaz. A conexão entre a dignidade da pessoa humana e o Direito passa pela aceitação de que é o Direito

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. Entre Facticidade e a Validade. São Paulo. Editora Unesp. 2020, p. 20

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Entre Facticidade e a Validade. São Paulo. Editora Unesp. 2020, p. 21

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.293.

⁵⁹ LARENZ, Karl. El derecho justo. Madrid: Civitas, 1991.

⁶⁰ MIRANDOLLA, Giovanni Pico Della. Discurso sobre a dignidade do homem. Lisboa: Edições 70, 2011.

⁶¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007

⁶² BOTELHO, Catarina Santos. Dignidade da Pessoa Humana- Direito Subjetivo ou princípio Axial? Revista jurídica Portucalense. Law Journal, nº 21, 2017, p. 275;

que existe para o homem e que se deve moldar a ele, e não o oposto. Por este motivo, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana transforma em “dever-ser jurídico”, vinculando toda a atividade estadual.

O direito seria, pois, uma perspectiva da dignidade, sendo esta inerente ao humano posto ser fundamento - uma das possibilidades de aplicação do conceito - de todos os direitos humanos, e nessa linha, o direito seria a positivação da dignidade e valores humanos que a permeiam. Nas palavras de Habermas, a moral social está de um lado enquanto o direito positivo está de outro: “o conceito de direitos humanos decorre de uma improvável síntese desses dois elementos. E esse vínculo realizou -se por meio da dobradiça conceitual da dignidade humana”⁶³. Nesta situação, os direitos humanos se apresentam como um padrão ético a ser seguido, pelo qual se apontam as razões pelas quais uma conduta deva ser realizada ou reprimida.

A teoria atual dos direitos humanos recebe críticas. Dentre os que argumentam de modo cético, Villey acredita serem os Direitos Humanos contraditórios e inconciliáveis, sendo eles aspirações políticas da sociedade e não direitos propriamente por prometerem mais do que seriam possíveis de cumprir, faltando assim a concretude⁶⁴. Por isso mesmo, Villey aponta consequências negativas que os direitos humanos trazem, a saber: 1.º Se o direito humano é atributo natural do homem e ele tem direito a tudo, as ações das pessoas colidem sobre o mesmo objeto e gera guerra perpétua de todos contra todos; 2.º Justifica o detentor do poder. 3.º Dominação política da classe burguesa na economia.⁶⁵

É claro que política e direito se misturam e os embates sobre a aplicação dos direitos humanos se tornam acirradas. Então, mesmo que Villey seja criticado, há mérito na argumentação do autor quanto à aplicação dos direitos humanos já que na atualidade está condicionada a economia, a política e a privilégios, não devendo sê-lo já que são direitos concernentes à própria humanidade.⁶⁶

De modo diverso critica Bobbio, ao relatar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁶⁷. Bobbio afirmou a necessidade do exercício efetivo dos direitos, portanto não há necessidade de questionar seu fundamento, mas não há como proteger direitos com base na força ou autoridade apenas, mas por causa de sua legitimidade

⁶³ HABERMAS, Jurgen. Entre Facticidade e a Validade. São Paulo. Editora Unesp. 2020, p. 20

⁶⁴ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007

⁶⁵ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁶ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24

social que se refere ao estabelecimento de uma sociedade considerada um modo de comportamento justo. Na verdade, em um conflito normativo, é esse tipo de legitimidade que faz com que a eficácia de um direito básico tenha precedência sobre outro direito.

No mesmo sentido é o posicionamento de Richard Rorty ao defender maior aplicabilidade dos direitos fundamentais. Segundo o autor, o futuro dependerá de mudanças históricas acidentais ao invés de premissas metafísicas e morais. Portanto, pensar em direitos humanos requer partir de um ponto de vista empírico, que deve ser desvinculado de quaisquer afirmações racionais e teóricas que procurem facilitar a compreensão do contexto⁶⁸. Rorty tem preocupações mais fáticas no contexto da democracia e dos direitos humanos: deve-se aprimorar o funcionamento das instituições e a coordenação do sistema de direitos e não se buscar incessantes bases sólidas apropriadas para a filosofia moderna. É necessário abandonar o questionamento do fundamento, para sentir a influência na factibilidade social.⁶⁹

De tal forma, pode-se concluir que a fundamentação dos direitos fundamentais pode estar no valor ou na positividade, isto de acordo com o autor que resolver o leitor seguir. Todavia, o que se faz mais necessário que buscar o fundamento de um sistema aplicável e real é levá-lo à implementação mais factível com eficácia social ampla. Assim, de posse de tal fato as instituições se fortalecerão, as teias sociais serão mais igualitárias e coesas e, de tal forma, a eficiência e a eficácia poderão sustentar ainda mais os direitos fundamentais.

Nacionalmente, a Constituição Federal de 1988 buscou a defesa e a realização dos direitos humanos e ao positivá-los como direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade nas mais diferentes áreas internalizou o cenário internacional antropocêntrico de efetivação de direitos. Ademais, a Carta Magna elege a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, bem como, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República.

Apesar de divergências doutrinárias, pode-se listar a irrenunciabilidade com uma das características inerentes aos direitos fundamentais, vez que se pode até deixá-los, mas não abdicar dos direitos fundamentais para sempre. Nesse escopo, José Afonso da Silva

⁶⁸ RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: Escritos filosóficos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

⁶⁹ RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: Escritos filosóficos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

leciona que “não se renunciam direitos fundamentais. Alguns podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”⁷⁰.

Os doutrinadores que defendem a irrenunciabilidade a direitos fundamentais o fazem baseados na ideia de que o não uso de tais direitos não implica renúncia, sendo que toda pessoa pode, em algum momento de sua vida, escolher entre um ou outro direito fundamental, pois a decisão lhe pertence. Do mesmo modo, em momento futuro a pessoa pode voltar a gozar do direito outrora preterido, uma vez que jamais renunciou dele.

Já de modo diverso argumenta Jorge Reis Novais, entendendo possível a renúncia dos direitos fundamentais, baseando-se na concepção de que a própria renúncia seria também o exercício de um direito fundamental.⁷¹ Para o autor, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui em alguma medida a possibilidade de se dispor dele, inclusive o sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual; e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considere, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito⁷².

Para o professor lusitano, a própria noção de livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia individual, para além da própria dignidade da pessoa humana (núcleo essencial), integra o núcleo material de todos e cada um dos direitos fundamentais no Estado de Direito. A autonomia, autodeterminação individual, decorrente do Estado de Direito, deve garantir ao indivíduo a prossecução dos fins e objetivos que entende ser os melhores para sua vida, fazendo o uso dos direitos fundamentais que lhe são atribuídos pela Constituição.

Nesse sentido, para que a renúncia seja considerada válida se faz necessário que nesta estejam presentes dois pressupostos: titularidade e caráter voluntário. Assim, é de grande importância que indivíduos possam dispor de seu direito, devendo, todavia, ser ponderado se a renúncia àquele direito posto trata maiores benefícios ao detentor do direito do que seu efetivo exercício. Por esse motivo é que a valoração dos bens envolvidos no momento da renúncia a um direito deve ser considerada.

Outrossim, os direitos fundamentais são universais e exercem papel de centralidade no sistema constitucional e jurídico, detendo uma inviolabilidade jurídica (CF, art. 5º, *caput*),

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.181;

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora. 1996

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora. 1996, p.67;

posição hierárquica constitucional, caráter preferencial (Art. 4º - prevalência dos direitos humanos), cláusula de abertura (Art. 5º § 2º), previsão de aplicabilidade imediata (Art. 5º § 1º), entre outros. Os direitos fundamentais integram o rol dos direitos constitucionais sensíveis e das cláusulas pétreas (art. 34, VII, art. 60, § 4º, VI), tendo além disso regime especial de restrição com a preservação do núcleo essencial, máxime porque o núcleo essencial do direito fundamental só é obtido no caso concreto⁷³.

O conceito de direitos fundamentais, suas prerrogativas e garantias, está diretamente ligado ao momento histórico no qual emergem, materializando necessidades humanas no que tange à liberdade, igualdade e dignidade. Constituem base inviolável de uma sociedade política, sem os quais, haveria uma grande possibilidade de perecimento dos vínculos sociais⁷⁴. São prerrogativas que as pessoas gozam em face do Estado Constitucional.

Dentre as várias dimensões de direitos fundamentais, em um primeiro momento resguardou-se a liberdade (liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos), em um segundo momento a igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e por último a fraternidade (transindividuais, difusos)⁷⁵. Deste modo, o Estado tem obrigações para com seus tutelados, sendo assim, não assegura apenas a concretização desses direitos, como também a não interfere nas condições para sua efetividade.

Muito há a ser dito sobre as dimensões de direito e a construção de sua efetivação, todavia não é o escopo deste trabalho, cabendo tão somente aqui apresentar os direitos que serão trabalhados, notadamente o direito dos pais a paternidade pelo incremento dos direitos reprodutivos de segunda dimensão. Também o direito a utilização da engenharia e da biotecnologia para a facilitação do desejo à parentalidade quando há infertilidade pelo casal, bem como a proteção ao genoma humano como direito de quarta dimensão⁷⁶.

1.3 Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos

Os direitos humanos são direitos históricos, consistentes com as diferentes necessidades de cada época cultura, como visto nos capítulos anteriores, projetados para ser o consenso sobre as diversas reivindicações morais e políticas da sociedade, constitui um verdadeiro parâmetro

⁷³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50;

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Entre facticidade e validade. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24

ético universalista⁷⁷. É necessário frisar e reconhecer a natureza dos direitos reprodutivos como direitos humanos, e assim fortalecer os direitos, os deveres obrigações, incluindo o exercício de funções reprodutivas⁷⁸.

Os direitos reprodutivos abrangem uma gama de direitos tidos como indispensáveis à dignidade humana, tais como vida, saúde, liberdade, planejamento familiar, entre outros. Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Plataforma do Cairo), os direitos reprodutivos foram conceituados da seguinte forma:

Os direitos reprodutivos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência (§ 7.3)⁷⁹.

Apesar do *status* de Direito Humano, os direitos reprodutivos não estão explicitamente esculpidos enquanto direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o que não impede de serem considerados como tais visto que a Constituição poderia abarcá-los por conta do art. 5º, §2º, que admite que o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição não é taxativo. Também tais direitos poderiam ser requeridos, uma vez que foram ratificados pelo ordenamento, através dos tratados internacionais assinados pelo país, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW⁸⁰, foi ratificada pelo Brasil em 1984, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ⁸¹foi aprovada, no âmbito da OEA, em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993⁸², a Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, e a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995⁸³.

Desse modo, em que pese os direitos reprodutivos não estarem formalmente incluídos na Carta Maior, vigoram no ordenamento pátrio tanto pelos tratados ratificados quanto pelo

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24

⁷⁸ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.21.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em 22/08/2022;

⁸¹ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> Acesso em 22/08/2022;

⁸² Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 19/06/2022

⁸³ Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995. Disponível em <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em 19/06/2022

artigo 5º, §2º da Constituição Federal, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁸⁴ Soma-se ainda a sistemática organizacional dos direitos fundamentais na Constituição Federal, que reconhece aplicação imediata (art. 5º § 1º) para os direitos e garantias desta natureza por independerem da aprovação de qualquer outra lei infraconstitucional⁸⁵. Ademais, sabe-se que no âmbito da lei brasileira, entende-se que está contido no art. 226, § 7º, do texto constitucional, o planejamento familiar, que é a corporificação dos direitos reprodutivos, para além da Lei nº. 9.263/1996, a qual preconiza que “o governo passa a garantir a toda e qualquer pessoa o direito de desenhar sua família”⁸⁶.

1.3.1 Planejamento familiar e a autonomia dos genitores sobre o embrião

Os direitos reprodutivos garantem a tutela estatal sobre toda a reprodução independentemente de gênero e orientação sexual. São regidos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual da conduta sexual e a reprodução humana de modo livre e responsável⁸⁷.

Isso é consequência de uma busca pela positivação dos direitos reprodutivos, como explicita Correa, iniciada na década de 1970, quando a luta pelo reconhecimento desses direitos se baseou inicialmente nas reivindicações das mulheres pela autonomia corporal, controle sobre sua própria fertilidade e um foco particular na saúde reprodutiva⁸⁸. Até por isso entende-se que pós o controle sobre a concepção, as relações sociais se modificaram.

Nesse sentido, Fernando Rodrigues Martins pontua “a inserção do anticoncepcional no mercado e consequente caminho à emancipação sexual. Passe-se do sexo conjugal como meio de reprodução para o sexo conjugal como meio de satisfação”⁸⁹. Assim, fica evidente que a

⁸⁴ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.40.

⁸⁵ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.40.

⁸⁶ GOZZO, Débora. Reprodução Humana Assistida E Autonomia Existencial Da Mulher. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, V. I Nº 01, p. 23 a 42, jul-dez, 2017, p. 27

⁸⁷ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.21.

⁸⁸ CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: SEXO & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Elza Berquó (org.). Unicamp, 2003. p.29

⁸⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Polico Intexturalidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018.

autonomia corporal e reprodutiva foi buscada como forma de equidade nas relações, não só materialmente, mas formalmente igual, ainda que fisiologicamente impossível⁹⁰.

Outrossim, em um segundo momento, nas décadas de 1980 e 1990 a busca pelos direitos reprodutivos não se baseou na contracepção e sim na concepção, na maternidade e novas tecnologias reprodutivas⁹¹. Aqui, outro conceito se correlaciona: a autonomia reprodutiva, que para além da autonomia corporal que é individual pode ser definida como igualdade de direitos dos membros da família pelo desejo filial, no que a livre escolha de maternidade também implica no respeito ao direito de se casar e constituir família⁹².

Desta forma, observa-se que os direitos reprodutivos envolvem outros direitos tais como concepção e contracepção, relacionados à saúde sexual e reprodutiva; à autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade, à informação e à educação para tomada de decisão, à liberdade, ao casamento, à filiação, à constituição de uma família; à proteção social à maternidade, paternidade e à família, inclusive no trabalho⁹³.

Atualmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que um em cada dez casais em idade fértil tem algum tipo de dificuldade para engravidar, sendo que no Brasil são 8 milhões de casais⁹⁴. Infelizmente, para muitos desses casais essa vontade só pode ser efetivada biologicamente ao se valerem de técnicas modernas de reprodução, em face do que, para regular essas novas interações no campo do direito reprodutivo é necessário se valer da bioética e do biodireito como parâmetro de regulamentação.

A procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril⁹⁵. Os direitos reprodutivos, como direito humano fundamental, possibilitam e autorizam a reprodução assistida como um meio para um fim específico. Maria Berenice Dias explica que “o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade”⁹⁶.

⁹⁰ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.21

⁹¹ CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: SEXO & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Elza Berquó (org.). Unicamp, 2003. p.29

⁹² P.106

⁹³ VENTRURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Fundo de População das Nações Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009, p.21

⁹⁴ Notícia disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/>.

⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 26

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 326).

Dessume-se então, que os direitos reprodutivos garantem a autonomia do indivíduo em livremente elaborar um planejamento familiar, o que significa dizer que nem o Estado nem a sociedade podem estabelecer limites quanto à filiação, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito⁹⁷. Ressalte-se que o planejamento familiar inclui concepção e contracepção, bem como o intervalo entre as concepções em busca da formação de núcleo familiar estabilizado e propício para o melhor desenvolvimento da criança, levando-se em conta nesse sentido o planejamento familiar também no melhor interesse do menor⁹⁸.

Em outra perspectiva, segundo a Organização Mundial da Saúde a infertilidade atinge uma faixa de dez (10%) a quinze (15%) por cento da população mundial⁹⁹, acrescentando-se ainda o fato de que um em cada seis casais tem problemas de fertilização¹⁰⁰. Esses problemas se dão por questões biológicas como hipertensão, miomas, diabetes mellitus, obesidade, ovário policístico, pré-eclâmpsia, caxumba, traumatismo testicular, IST's (Infecções Sexualmente Transmissíveis), contagem e motilidade de espermatozoides. A infertilidade também pode ser ocasionada pelo estilo de vida do indivíduo tais como o sedentarismo, uso de drogas e bebidas alcoólicas, exposições químicas, radiação e uso de medicações.

Nessa linha, para além das condições biológicas e dos seus hábitos a demora na constituição de laços seguros para a concepção familiar ou mesmo a inserção feminina no mercado de trabalho podem levar a uma demora no projeto parental que leva à gestação tardia. Dado interessante e notório sobre a gestação tardia é que o biológico tem seu próprio tempo, na idade entre os 30 e os 35 anos a fertilidade da mulher cai 50%, e 75% entre os 35 e os 40 anos¹⁰¹. Inclusive, sob pretexto de se garantir a possibilidade futura de constituição familiar várias empresas americanas incentivam o congelamento dos gametas¹⁰².

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em 28 set. 2021.

⁹⁸ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.69

⁹⁹ GOZZO, Débora. Reprodução Humana Assistida E Autonomia Existencial Da Mulher. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, V. I N° 01, p. 23 a 42, jul-dez, 2017, p.28

¹⁰⁰ FÉLIS, K, ALMEIDA, R - Perspectiva De Casais Em Relação À Infertilidade E Reprodução Assistida: Uma Revisão Sistemática. Reprodução & Climatério, vol 31, pág. 105-111 2016. Acesso em: 15 maio 2020.

¹⁰¹ FÉLIS, K, ALMEIDA, R - Perspectiva De Casais Em Relação À Infertilidade E Reprodução Assistida: Uma Revisão Sistemática. Reprodução & Climatério, vol 31, pág. 105-111 2016. Acesso em: 15 maio 2020.

¹⁰² Sobre a tendência ao congelamento de óvulos incentivada pelas empresas, disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/15/apple-facebook-offer-freeze-eggs-female-employees>.

Portanto, mesmo entendendo que o direito à reprodução é um direito fundamental de toda pessoa, o Estado não pode garantir a concretização da filiação¹⁰³. Tanto pela liquidez das relações¹⁰⁴ ou a falta delas e a vontade individual da parentalidade, seja pelo retardo ao momento propiciado pela demora social que não abarca a cronologia biológica humana, seja por ser relações homossexuais (impossibilidade fática da fertilização), seja pela infertilidade ou mesmo como meio de prevenção para uma parentalidade futura, a reprodução humana assistida é um meio válido para inúmeros motivos com o mesmo fim: a constituição filial.

Nessa linha, observa-se que o advento da prole que pode acontecer muitas vezes de forma indesejada e não planejada por certos casais, para outros é a realização de um sonho e para tanto buscam o meio artificial vez que a gravidez de forma natural não foi possível, pelo que o processo de fertilização tendência à geração de embriões muito desejados¹⁰⁵. Todavia, como nenhum direito é absoluto assim também não o é o direito reprodutivo e o planejamento familiar, ao que Maria Helena Diniz¹⁰⁶ bem ressalta que “deve ser exercido com uma liberdade responsável”.

Nas palavras de Carlos Alexandre de Moraes¹⁰⁷, deverá haver prudência do casal que deseja filiação, por ser direito que simultaneamente abriga diversos deveres correlatos, com “condições de sustento e de manutenção, evitando-se a formação de família desestruturada, seja emocionalmente ou economicamente”. O autor defende que a responsabilidade parental deve incidir desde os primórdios do projeto parental vislumbrando de forma equilibrada a vontade de filiação com um planejamento familiar que possa executar os direitos reprodutivos do casal, afim de transbordar qualquer barreira de infertilidade, mas também em benefício do embrião: segundo Moraes¹⁰⁸, “os filhos provenientes das técnicas de reprodução humana assistida devem ser assessorados em todas as suas necessidades, independentemente de terem sido introduzidos ou não no ventre, reflexo do que se exige de uma paternidade responsável”.

¹⁰³ GOZZO, Débora. Reprodução Humana Assistida E Autonomia Existencial Da Mulher. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, V. I Nº 01, p. 23 a 42, jul-dez, 2017.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.184-185.

¹⁰⁵ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 152.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.136;

¹⁰⁷ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 70

¹⁰⁸ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 161.

Já segundo Singer, as obrigações morais “para com nossos filhos podem ser particularmente amplas e profundas, mas não superam todas as outras considerações morais em todas as circunstâncias”¹⁰⁹. É nesse sentido que a volatilidade dos desejos e os planos coletivos quanto individuais se modificam com o tempo e desta maneira, ingênuo seria acreditar que o próprio planejamento amoroso e familiar não se alteraria. A família é, pois, o núcleo existencial primordial não cabendo ao Estado dirigir a conduta do cidadão para este ou aquele modelo familiar, visto ser decisão envolve aspectos de sua autonomia ético-existencial próprios do seu planejamento familiar ¹¹⁰.

Segundo Bermejo e Espolador, pode-se descrever o negócio jurídico como “fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”¹¹¹. Nessa linha, quando se trata da filiação advinda de técnicas de reprodução, essa alteração volitiva dos cônjuges gera impactos existenciais de cunho biojurídico, vale dizer, os acordos jurídicos que tratam de relações biológicas são considerados como negócios biojurídicos.

Os negócios jurídicos contemporâneos, ou existenciais notadamente aqueles que envolvem direitos da personalidade são de conceituação dificultosa da própria definição teórica deste tipo de negócio, vinculado à biotecnologia¹¹². Vários são os exemplos de negócios biojurídicos ou existenciais como a disposição de embriões e células-tronco, procedimentos de inseminação e fertilização in vitro, a ortotanásia dentre outros. Esse novo tipo de negócio transita pelos interesses existenciais dos contratantes, ao formar uma situação subjetiva existencial.

Desta forma, não sendo contrário à lei, o contratante pode celebrar como bem lhe aprouver, é claro estando de acordo com os requisitos do negócio jurídico válido. Bem a propósito é a lição de Pietro Perlingieri, para quem independente de qual a categoria de direito os direitos da personalidade como direitos subjetivos detêm tutela jurídica relevante ¹¹³, visto o

109 SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A COMPANION TO BIOETHICS. 2009, p.171.

110 MENEZES, Joyceane Bezerra de - A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. NEJ – 2008, p.120

111 BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.16

112 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Do. Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p.20.

113 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.155

perfil duplo, passivo e ativo das ações existenciais tanto dentro de relações privadas como públicas.

No contexto dos direitos de personalidade dentro das relações interprivadas existenciais¹¹⁴, Pietro Perlingieri destaca o planejamento familiar (art.227 da CF, art.1656, do CC), que pugna pelo direito de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar meios e recursos, todavia a escolha é privada e de cunho existencial e abarca diversas possibilidades. De tal forma, o entendimento tradicional de negócio jurídico, deve ser atualizado perpassando no instituto a próprias características das relações existenciais:

A proposta de novo conceito, portanto, por sua característica complexidade e mutabilidade, consiste em um conjunto de manifestações de vontade, exercidas no âmbito da autodeterminação da pessoa, com vistas a regular livremente direitos e interesses, de natureza patrimonial e existencial, desde que seus efeitos não contrariem a norma jurídica em sentido amplo, como também não violem outros direitos e interesses de igual relevância, obedecidos os critérios de seleção¹¹⁵.

Consoante o apontado acima, já que o direito constitucional elege e transcende todo o ordenamento, é evidente que nos negócios biojurídicos que tratam do cerne do direito à personalidade devem se embasar na dignidade da pessoa humana, para que “os planos de existência, validade e eficácia se moldem a este valor, relativizando as imposições da norma jurídica a fim de esse princípio maior seja concretizado”¹¹⁶. Sabe-se que nos atos de autonomia existenciais bilaterais, a resolução das situações existenciais são mais complexas ao envolver “o conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas”¹¹⁷ e, como bem apontou Habermas, “a dignidade infinita de cada pessoa consiste na pretensão de que todos os outros respeitem essa esfera da vontade livre como sendo inviolável”¹¹⁸.

Ao contratar uma clínica de fertilidade e modificar a natureza conforme a vontade humana em uma união cromossômica indivisível, mexe-se com as escolhas individuais e coletivas, tanto dos doadores de gametas quanto do que seria o resultado desta manipulação em seu estágio inicial da vida humana. Sobre a vontade de disposição dos gametas em um plano de

114 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.61

115 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Do. *Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p.20.

116 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Do. *Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p.19.

117 SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p.125.

118 HABERMAS, Jürgen. *Entre facticidade e validade*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p.26

filiação, trata-se da vontade pura e plena da constituição de um negócio jurídico “diretamente relacionada com a liberdade a que se sujeita o indivíduo de dispor”¹¹⁹ sobre seu corpo, no caso sobre seus gametas. Todavia, a complexidade desses contratos biológicos se dá pela materialidade de sua própria existência, segundo Meirelles, “quando o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: a pessoa é, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto referencial objetivo da relação”¹²⁰.

A autonomia privada está, assim, no âmbito do direito privado, especificamente, no espaço de ação que lhe é dado pelo direito imperativo, a ordem estatal, permitindo ao indivíduo autorregular suas ações no ordenamento jurídico. A liberdade de escolha presume que o indivíduo reúna as condições necessárias para agir, daí poder-se entender que o indivíduo que não possua os meios materiais mínimos de subsistência não é livre. A capacidade de autodeterminação do homem encontra-se condicionada à uma existência digna, provida pelos recursos materiais mínimos necessários à sobrevivência. A autonomia privada percorre todos os caminhos jurídicos em que possa estar inserido ser humano. Portanto, embora tradicionalmente, atribua-se uma maior incidência da autonomia privada em situações jurídicas patrimoniais, a elas não se restringe, pois abrange também questões de caráter existencial.

Dessa forma, os indivíduos tornam-se os legisladores de seus negócios jurídicos, criando normas jurídicas inter-relacionadas com o efeito de reconhecimento estatal, os contratos. Assim, seria manifestação de vontade acordada entre dois ou mais indivíduos sobre a manipulação biológica. Nesse diapasão, Bermejo e Espolador defendem a liberdade negocial e individual que o Estado liberal traçou ao delimitar os limites de intervenção estatal na autonomia privada e lançando o contrato com a mesma força da lei^{121 122}, nas palavras das autoras,

Questões como direito a uma morte justa e digna e novas formas de nascimento passam a ser enfrentadas, colidindo, aparentemente, com uma sociedade extremamente pluralista, com posições culturais, éticas, morais e religiosas completamente distintas [...] autonomia privada deve ser analisada sob a perspectiva individualista, focando nos seus interesses mais íntimos e sensíveis, e, quando feita a opção por abreviação do sofrimento, ceifando a

¹¹⁹ BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.61

¹²⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.35

¹²¹ BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. A Autodeterminação Nos Negócios Biojurídicos: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.63

¹²² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16

vida de forma artificial ou projetando o nascimento através de reprodução humana assistida, dentre outras decisões que se restringem à própria existência da pessoa, seja reconhecida a sua liberdade de escolha e de se manter digno, buscando meios de que a decisão seja legitimada através de consentimento livre, esclarecido e plenamente informado¹²³.

Nesse diapasão, sobre a autonomia tem-se várias perspectivas, “na sua concepção bioética, atrelada à capacidade de decisão livre sobre os objetivos pessoais, amparada num consentimento livre”¹²⁴. Desta forma, pode-se dizer que sobre esta perspectiva o indivíduo é reconhecido como ser capaz de se auto legislar, adimplindo as suas próprias concepções e regras de cunho cultural, moral e ou religioso¹²⁵. Para Meireles, a autonomia privada é um princípio geral que conduz toda a sistematização do direito privado ao reconhecer a “esfera privada de atuação com eficácia jurídica”¹²⁶.

A própria etimologia da palavra demonstra a individualidade da sua existência, “autonomia revela o autogoverno, a possibilidade de ditar normas a si próprio”¹²⁷. Em outros termos, “a noção de autonomia privada como capacidade de autodeterminação do sujeito de direito remonta à ideia kantiana de legislador de si próprio”¹²⁸. Estando assim, vinculada tanto ao livre arbítrio do sujeito de direito quanto aos critérios subjetivos de sua existência e crença. Nesse mesmo sentido Salgado aponta que a vontade do indivíduo surgiu na sociedade civil moderna, e produz frutos no direito privado através da autonomia do ser, “a partir de uma decisão (livre-arbítrio), conduzida por uma autodeterminação, munido da *actio*, por meio do aparecimento do indivíduo livre”¹²⁹.

Para Rose Meireles, os negócios biojurídicos podem ser também chamados de existenciais ao disporem sobre um dos âmbitos do desenvolvimento da personalidade humana - a autonomia: já que o desenvolvimento da personalidade humana tem hierarquia de princípio

¹²³ BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. A Autodeterminação Nos Negócios Biojurídicos: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.58

¹²⁴ PONA, Éverton Willian. Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015, p.157.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38

¹²⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.73

¹²⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.74

¹²⁸ BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.66

¹²⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. A Ideia de Justiça do Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte. Editora Del Rey Ltda, 2007, p.258

ao ser correlacionado com a dignidade humana, seu *status* hierárquico tem valor constitucional que nas situações existenciais prevalece sobre as patrimoniais e não patrimoniais *stricto sensu*¹³⁰. Nas suas palavras, “o grau superior de relevância atribuído às situações existências permite que prevaleçam em ocasiões de conflito, a fim de que seja preservado o valor máximo de tutela da pessoa humana”¹³¹.

Com os avanços da engenharia genética foi possibilitada a manipulação do biológico, e assim vários direitos fundamentais entraram em xeque com os limites das possíveis pactuações da esfera privada, e bem assim o conceito de autonomia da vontade na pactuação sobre negócios biojurídicos, ou também chamado por Rose Meireles, autonomia existencial¹³², acerca do qual, sobre o contrato biojurídico estabelecido, resta clara a necessidade de se apontar os limites da autonomia privada/existencial sobre o resultado que é coletivamente pertencente a dois ou mais sujeitos de direito¹³³. Evidente que existencial seria todo ato que infira seus efeitos sobre a personalidade dos sujeitos, e assim, a personalidade reconhece quem tem o direito, quem é o sujeito: nisso, para execução da autonomia como aspecto do desenvolvimento da personalidade, deve-se verificar a capacidade do sujeito de direito, já que a validade jurídica nos atos existências ou nos negócios biojurídicos dependem desta¹³⁴.

No que tange às decisões de cunho existencial, a incapacidade civil contrariaria a própria natureza destes atos vez que a representação, a assistência e a tutela são decisões alheias em “benefício” do indivíduo quando esse não pode se autodeterminar de maneira plena¹³⁵. Sobre tal situação, o enunciado nº 138 na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da

¹³⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.39

¹³¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.39

¹³² “A exigência para o exercício da autonomia bioética se refere à esfera individual do sujeito e, uma vez cumprida, lhe confere liberdade de dispor da forma que melhor entende possível para si, sendo os negócios biojurídicos um instrumento de disposição e regulação desses interesses. Verifica-se, portanto, que o próprio elemento constituidor dos negócios jurídicos, ou seja, a vontade manifestada, acolhe absolutamente, em terreno de Biodireito, o referencial bioético, podendo este ser considerado como elemento essencial para a formação dos negócios biojurídicos” BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resquetti Tarifa. *A Autodeterminação Nos Negócios Biojurídicos: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal*. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.66

¹³³ Sujeito universal de direito aqui entendido analogamente ao sentido cosmopolita de Kant, portanto como sujeito de direito “globalizado”, [...] a que se reconhecem direitos universais atribuídos a todos os seres humanos, já insertos na consciência jurídica dos povos civilizados e formalmente positivados na Carta Universal, que coloca como centro de interesse a paz universal. SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia De Justiça No Mundo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.260

¹³⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.123

¹³⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.126-128

Justiça Federal, determinou que para situações existenciais a vontade dos absolutamente incapazes deverá ser levada em conta, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto (inciso I do art. 3º do Código Civil). Assim, vê-se a valorização da dignidade humana, ao se buscar a autodeterminação do indivíduo mesmo quando não há capacidade civil, “o fato de uma pessoa ser incapaz, porém não a torna menos pessoa a menos merecedora de tutela de dignidade”¹³⁶.

Por outro lado, frisa-se o caráter protetivo da incapacidade nas relações existenciais que somente são autodeterminadas mediante o discernimento comprovado. Recentemente, promulgada pela Lei nº 13.146/15, também conhecida como Lei da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em 2 de janeiro de 2016 e alterou as disposições do Código Civil sobre a capacidade civil (artigos 114.º e 123.º, inciso II, CC). Desta forma, entende-se que apenas as pessoas menores de 16 anos são absolutamente incapazes, sendo considerados relativamente incapazes as pessoas entre 16 e 18 anos, os pródigos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade¹³⁷.

A nova lei buscou consonância com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/09 ao dispersar a presunção de incapacidade civil absoluta, especialmente para pessoas com deficiência mental concedendo ao Estado assegurar que o uso da capacidade jurídica da pessoa ao máximo, com limitação estabelecida em juízo ao definir os atos que cada indivíduo possa ou não exercer.

Para sanear a falta de capacidade de fato, tem-se o instituto da curatela como medida que assegura os atos patrimoniais e negociais daquele indivíduo que não tem discernimento sobre os atos da vida cível. Todavia, como viu-se, maior cuidado é necessário para os atos existenciais. Nesse sentido, Meireles aponta que a importância da capacidade nos atos existenciais advém do próprio desenvolvimento da personalidade:

Afinal, a capacidade de entender, de escolher e de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição intransferíveis, deve ser colocada em posição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que lhe impeça o exercício¹³⁸.

¹³⁶MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.130

¹³⁷ Ver notícia em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02072021-Apos-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia--incapacidade-absoluta-so-se-aplica-a-menores-de-16-anos.aspx>>. Acesso e: 25 de setembro de 2022.

¹³⁸ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.223

Nesse sentido, é evidente que o Estado vem abrindo espaço para a busca da autodeterminação mesmo em casos que anteriormente detinham a tutela estatal, como se vê com a própria modificação do conceito de capacidade pela Lei da Pessoa com Deficiência. Consequente, pela própria natureza dos direitos de personalidade a tutela não é substituição do exercício. A intransmissibilidade é característica marcante, “não se trata de transmissão de titularidade, mas sim de transmissão de algumas formas de exercício”¹³⁹. Deste modo para as incapacidades, antes do nascimento e após a morte, ou seja, sem a plena existência do indivíduo ou quando da sua falta de discernimento, independente da sua titularidade, haverá dignidade a ser protegida¹⁴⁰:

A dignidade do nosso tempo funda numa capacidade abstrata e potencial de autodeterminação mas que estende a todas pessoas independente da capacidade ou da vontade concreta sua realização que pode mesmo nem sequer existir faticamente, como na situação dos menores, dos profundamente incapacitados ou dos doentes mentais[...] inclui a proteção da dignidade antes do nascimento e após a morte , independente da sua não titularidade subjetiva nessas circunstâncias.¹⁴¹

A dignidade independe, portanto, da capacidade e ou titularidade e garante com base na igualdade “condições mínimas de bem estar de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efetivo dos direitos fundamentais”¹⁴². De tal sorte, a dignidade é infinita para o indivíduo se limitando em outra individualidade, respeitando a esfera da vontade livre, “a liberdade consiste agora na capacidade da pessoa para a auto legislação racional”¹⁴³. A autodeterminação como um dos aspectos da dignidade é o que funda a volatilidade da autonomia individual/existencial. A dificuldade da conceituação e delimitação dos conceitos correlacionados as situações existências está diretamente vinculada aos limites entre as individualidades, nos negócios biojurídicos a autonomia existencial é bilateral.

¹³⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.177

¹⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018, p.67

¹⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018, p.67

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018, p. 189.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Entre facticidade e validade*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p..26

1.3.2 Do Conflito de vontades e a teoria da ponderação

No ordenamento brasileiro, os atos biojurídicos que tratam de situação existencial e pertencem ao ser e não ao ter, não integram o patrimônio hereditário do falecido e poderão ser objeto de disposição *mortis causa* sem que a forma testamentária seja exigida. De tal feita, a revogabilidade é prevista expressamente para atos de disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, no parágrafo único do art.14 do CC. Consoante em relação ao corpo morto até haja proteção na esfera penal, é passível de apropriação para além dos transplantes, tais quais em outras questões não regulamentadas¹⁴⁴ como a propriedade de material biológico.

É o que se vê para os casos de inseminação artificial com material genético do falecido, caso haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte, positivada a vontade de filiação do doador. Todavia, ainda há casos sem a positivação de vontade em que se questiona a propriedade do material: “pertence o sêmen congelado do marido falecido à viúva ou à família do morto?”¹⁴⁵. A complexidade da situação está nos efeitos patrimoniais e existências da filiação póstuma: além de influir na partilha entre outros filhos, afasta a sucessão dos pais do *de cujus* (no artigo 1.829, I, do Código Civil).

Sob tal prisma é que o CFM dispõe que, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, ou mesmo aos demais materiais biológicos. Desta forma, tenta-se prevenir eventuais conflitos em caso de divórcio, doenças graves, ou de falecimento de um deles ou de ambos e quando desejem doá-los, sendo assim uma forma válida para disposições de última vontade de conteúdo não patrimonial¹⁴⁶.

Ao mesmo tempo que certos atos são irrenunciáveis, outros tantos são incoercíveis, inviabilizada assim a execução forçada¹⁴⁷. Essa dualidade de aplicação bem como a bilateralidade dos contratos existenciais trazem a questão do conflito entre vontades, aqui falando-se em autonomia negocial. No direito de família, essas questões são ainda mais complexas ao trazerem em pauta assuntos de cunho pessoal emotivo, já que os interesses são

¹⁴⁴TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em 28 set. 2021, p11

¹⁴⁵TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em 28 set. 2021, p11

¹⁴⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p. 143-145

¹⁴⁷MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.251

conjuntos e existem em coadunação com os interesses próprios, ambos modificáveis. Sobre a autonomia negocial no campo das relações familiares, não se deve instrumentalizar a família como meio de formação de membros:

[...] família é uma formação social, os interesses que nela e por ela se regulam não podem se exaurir naqueles meramente individuais, isto é, que pertençam exclusivamente a um dos seus componentes, considerados *ut singuli*, sendo considerados também os interesses *comuni* a todos seus membros ¹⁴⁸.

Nesta medida, o núcleo familiar pode ser entendido como *locus* de afeto para o amparo e desenvolvimento pessoal¹⁴⁹. Como bem aponta Rose Menezes, o direito ao desenvolvimento pela autodeterminação se consubstancia em instituições intermediárias como a família¹⁵⁰, e por tal motivo a proteção defendida por esse núcleo familiar “se funda na importância que este grupo social desenvolve na formação psicossocial do indivíduo”¹⁵¹. Nem no âmbito familiar, nem no Estado, no sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos, havendo assim, uma imersão de acordo com o caso concreto¹⁵².

Nesse sentido:

Apesar da comunhão plena entre o casal unido pelo matrimônio ou pela convivência factual juridicizada, há duas subjetividades em ação; a despeito do poder familiar que se exerce sobre os filhos, as relações paterno-filiais não lhes subtraem a subjetividade. A vida privada em família e a vida privada individual na família. O processo de desinstitucionalização ou privatização da família permitiu não apenas a conquista do direito à vida privada em família em oposição à esfera pública, mas também favoreceu o direito à vida privada individual. Importa explicar que a vida privada familiar diz respeito à vida relacional entre aqueles que compõem a unidade familiar (pais e filhos, cônjuges ou companheiros, parentes mais próximos), na qual há um feixe de interesses e valores compartilhados, motivando decisões e projetos comuns, pertinentes à administração da família, ao planejamento familiar, à educação dos filhos e à rotina doméstica. Corresponde a um espaço de convivência, protegido contra as ingerências externas arbitrarias, no qual as relações

¹⁴⁸MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.72

¹⁴⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade*. 2008, p.120

¹⁵⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra. *A Família E O Direito De Personalidade: A Cláusula Geral De Tutela Na Promoção Da Autonomia E Da Vida Privada*. *Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras*. Editora Saraiva. 2013, p.4

¹⁵¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade*. 2008, p.120

¹⁵² SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p.125.

particulares produzem efeitos pessoais, sociais, culturais e jurídicos que se conjugam para a promover o cuidado e o desenvolvimento da pessoa¹⁵³.

Desta forma, supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas na medida em que seu exercício atender a interesses coletivos equivaleria em um coletivismo transpersonalista, que não leva a sério que é o homem “a medida de todas as coisas”. Já que o Estado protege todos de forma igual e seu objetivo maior é a proteção da dignidade, seja direta ou indiretamente, no plano público ou privado, haverá “proteção contra riscos ou contra ameaças providas de outros participantes”¹⁵⁴. Nesse diapasão, quando dentro do cerne familiar ocorre o conflito entre atos de autonomia existencial, que se fundam na dignidade de cada pessoa, gera um conflito de interesses, que surgem de situações-limite¹⁵⁵.

Nesse sentido, Daniel Sarmento defende que no conflito entre dignidades dever-se-á estabelecer “uma concordância prática (ou harmonização) que necessariamente implica a ponderação dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem – dignidade- concretamente atribuído a dois ou mais titulares”¹⁵⁶. A ponderação aplicada aos atos de autonomia existencial destoantes poderá selecionar os interesses merecedores de tutela, já que a realidade legal não consubstancia a fática e há inúmeros atos legislativamente abertos que necessitam de regulamentação¹⁵⁷. Isto pois, “a dignidade de um não pode ser realizada a mercê da dignidade do outro”¹⁵⁸.

À medida que os direitos fundamentais são postos à prova na própria efetividade e integridade psicofísica e dos atos existências¹⁵⁹, questiona-se o limite e o objetivo a ser alcançado como também a revogabilidade e o arrependimento. Desta feita, quando se trata de congelamento de embriões como unidade cromossômica única entre dois indivíduos doadores, onde a divisibilidade é impossível e os acordos biojurídicos centrados nos atos negociais do

153 MENEZES, Joyceane Bezerra. A Família E O Direito De Personalidade: A Cláusula Geral De Tutela Na Promoção Da Autonomia E Da Vida Privada. *Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras*. Editora Saraiva. 2013, p.15

154 NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018, p.18.

155 TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro*, p. 9

156 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, p.125.

157 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Do. *Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p.28

158 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.259

159 TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro*, p.8

passado não se mantém atrelados a autonomia privada individual presente, há inúmeros questionamentos.

Questiona-se a revogabilidade dos atos existenciais, o direito a filiação biológica, a aplicação da teoria da perda de uma chance quando não há mais gametas para fertilização, o direito de arrependimento nos atos de planejamento familiar. A destinação dos embriões pré-implantatórios e o consentimento informado exigido pelo CRM poderiam ser revogados, visto serem parte de um contrato livremente celebrado entre sujeitos de direito, prevalecendo assim sobre um direito fundamental? Como solucionar, à luz da teoria geral dos direitos fundamentais, colisão de direitos entre dois doadores de bens biojurídicos? Aquele cônjuge que tem o material genético no embrião, poderia impor a sua vontade, e se sim até que limite?

Sobre a divergência de vontades e na modificação do negócio biojurídico, bem como do conflito entre iguais aplica-se a ponderação como meio apaziguador no sopesamento de interesses atrelados a direitos humanos. Como visto anteriormente neste mesmo capítulo, a resolução do conflito entre princípios não é a invalidação, mas a adequação da aplicação em que um princípio deve ceder em face do outro. Assim, para verificar qual princípio cederá, as circunstâncias serão as determinadoras.

De tal sorte, os princípios têm pesos diferentes, e na concretude deve-se buscar a relação de precedência entre os princípios e aplicar o que tem mais peso, “o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto”¹⁶⁰.

A regra da ponderação, ou lei de colisão entre princípios, reflete as características dos princípios como imperativos de otimização: não há relação de precedência absoluta entre eles. Consequentemente, os princípios como mandamentos de otimização seriam aplicados de acordo como ao máximo alcançável dadas as circunstâncias tanto jurídicas como fáticas, e de tal modo apontariam um ponto ideal, “em face de seus conteúdos amplos e continuamente em movimento e em colisão”¹⁶¹, mas não aplicados à máxima efetividade em abstrato.

Assim, de forma resumida podemos apontar três passos da teoria de Alexy para o sopesamento, em que primeiro se investigam e identificam os princípios como os valores em conflito no caso. Em um segundo momento, conforme as circunstâncias do caso concreto; atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, para que em um terceiro tempo possa-

160 AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005

161 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.587

se decidir sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros)¹⁶², sua aplicação na “medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁶³.

A resolução do conflito envolve, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso, o estabelecimento de uma relação de primeira condição entre os princípios, a precedência condicionada. A determinação de uma relação de precedência condicional identifica as condições em que um princípio precede outro, frisa-se aqui que não há relação de prioridade abstrata, absolutamente incondicional, entre dois princípios da mesma categoria. Já que se tal circunstância acontece, já haveria resposta e precedência definitiva ou melhor, decisiva é em que condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. De tal forma, o conflito e a equiparação de seus valores é com que fazem que a aplicação de precedência condicionada se expresse como um “modelo de regra” a ser aplicado.

Segundo Alexy, “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”¹⁶⁴. É em consequência de tal pensamento que a ponderação se coloca como um método para a busca mais razoável e como tal deve seguir alguns pontos essenciais à técnica que seriam “três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”, que em conjunto buscam a máxima da proporcionalidade no caso concreto¹⁶⁵. Entende-se por adequação um critério negativo que elimina os meios menos adequados¹⁶⁶. a busca do fim ao se analisar a máxima efetivação dentro das possibilidades existentes¹⁶⁷. Já a necessidade, “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”¹⁶⁸[...] existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado”¹⁶⁹.

A terceira máxima parcial seria a proporcionalidade em sentido estrito, seria a aplicação do conceito primordial de princípio como mandado de otimização ¹⁷⁰ dentre a variante do conflito de interesses entre diferentes princípios e valores e sua efetividade no caso concreto a depender das circunstâncias, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de

162 AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005

163 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.588

164 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.617

165 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.588

166 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.590

167 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.588

168 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.590

169 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.591

170 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, 2008, p.593

outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Sobre tal apontamento vê-se que:

[...] o método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para a solução dos conflitos entre os princípios constitucionais, pelo contrário, a ponderação incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores à ordem constitucional¹⁷¹.

De tal sorte, é evidente que críticas existiram à sua aplicabilidade como método de resolução de conflitos complexos como o são na limitação voluntária dos direitos da personalidade: vê-se tratar de sujeitos com restrição à autonomia existencial e sua própria dignidade. Todavia, ainda assim é o método menos subjetivo e mais justo dadas as diversas circunstâncias de sua própria existência.

Peter Singer defende que quando surgem conflitos ou situações novas, os princípios são importantes ao reconhecer a vida moral como fazer o que se reconhece ser certo¹⁷². Nesse sentido, sobre a limitação voluntária dos direitos da personalidade e seus possíveis conflitos ficou estabelecido na IV Jornada de Direito Civil no CJF que

Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º III, da Constituição (princípio da dignidade humana) Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação¹⁷³

Nesta feita, deve-se na complexidade da limitação de uma autonomia a aplicação da técnica de ponderação sempre visando ao supra princípio da dignidade humana como norteador. Sabe-se que a intervenção do Estado restringindo a autonomia privada é exceção e deve ser legalmente regulamentado, tal qual numa situação em que o Estado viesse a obrigar um grupo de pessoas a se submeter a um tratamento de saúde para evitar que o mal se alastre por toda a sociedade. Não se pode, no entanto, restringir a autonomia individual sempre no interesse exclusivo da coletividade, tendo em vista que isso ocasionaria um poder de intervenção do Estado muito forte na esfera privada: deve-se admitir que a intromissão do Estado cede lugar à liberdade do ser humano para decidir o seu destino, com toda a responsabilidade que ela traz:

Nos atos de autonomia existências bilaterais, isto é, naqueles nos quais há declarante e declaratório, além da liberdade, estão amparados pela

171 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.195

172 SINGER, Peter; KUSHE, Helga. *A Companion To Bioethics*. 2009, p. 74

173 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.195

solidariedade. A solidariedade funciona tanto como fundamento para o ato de autonomia existencial, quanto como um limite. Se por um lado, dota de proteção a declaração de vontade que implique a limitação a direito de personalidade quando feita em prol da personalidade de outrem, por outro, a solidariedade não é suficiente para justificar a instrumentalização da pessoa¹⁷⁴

A restrição à liberdade, especialmente no que tange aos direitos da personalidade devem estar apontadas no dispositivo legal, visto o que não é proibido poder ser considerado permitido. A proteção da personalidade do indivíduo inclui a limitação de uma individualidade até o limite da existência e defesa de outro. Deste modo estando livre o sujeito para o desenvolvimento do seu projeto de vida, caracterizado por um “*status negativus* que se materializa na defesa contra imposições ou proibições violadoras da liberdade”¹⁷⁵.

Consoante, nos atos de autonomia existências bilaterais - isto é, naqueles nos quais há declarante e declaratório -, além da liberdade deve-se analisar a solidariedade¹⁷⁶, consignando o ao sujeito a escolha sobre “o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filhos, etc”¹⁷⁷. Nessa medida, apesar do contrato por “em confronto vontades livres que autodeterminam pelo diálogo”¹⁷⁸, sempre poderá ocorrer alteração volitiva dos sujeitos com a modificação da situação jurídica. É nesse contexto que a ponderação de interesses alheios se torna mais complexa. Para assegurar a dignidade de uma pessoa, pode-se limitar a dignidade de outra? Ou para assegurar a dignidade de uma pessoa, pode-se limitar a dignidade de outra que a tinha autolimitado e se arrependeu?¹⁷⁹.

Dworkin indaga “se seria justo processar uma pessoa por fazer o que sua consciência lhe exige, quando lhe reconhece o direito de seguir sua consciência”¹⁸⁰. É sobre esse questionamento que recai o arrependimento nos atos existenciais de cunho bilateral, afinal, no campo da autodeterminação, a autonomia privada é a liberdade extrema sobre o que lhe

174 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p.125.

175 MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. 2008, p.124

176 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p.125.

177 MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. 2008, p.124

178 SALGADO, Joaquim Carlos. A Ideia de Justiça do Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte. Editora Del Rey Ltda, 2007, p.255

179 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. AUTONOMIA PRIVADA E DIGNIDADE HUMANA. ISBN 9788571477476. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.260

180 DWORKIN, Ronald. Levando Os Direitos A Sério. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.288

pertence e conseqüentemente, liberdade na disposição do próprio corpo¹⁸¹. Quanto à natureza do direito à integridade física e do direito ao próprio corpo também divergem as opiniões. Alguns autores afirmam que o direito à integridade física seria direito de propriedade, o que concederia ao homem, como proprietário, amplo poder de disposição de seu corpo¹⁸². Sobre este tema, Pietro Perlingieri¹⁸³ defende que como os outros, o direito ao corpo, sofre limitações, não havendo o que se dizer de absoluto.

O corpo é como identidade, cada ser humano é único, não apenas em razão de seu DNA, mas principalmente em razão de sua identidade¹⁸⁴ como o conjunto de características da personalidade. Conforme advertiu Pontes de Miranda, o direito à integridade física supõe que o objeto seja essa integridade e não a propriedade do corpo¹⁸⁵. Sobre os atos de disposição do próprio corpo tem-se a Lei 9434/97, também denominada Lei de Transplantes, a qual estabelece que a retirada de órgãos e tecidos do indivíduo morto só poderá ocorrer após diagnóstico de morte encefálica. Os critérios clínicos e tecnológicos para tal diagnóstico são os definidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.480/97. O corpo morto ao passar “à categoria das coisas, embora seja objeto de proteção, inclusive pela Lei Penal, sendo coisa, torna-se objeto de direito e, por conseguinte, passível de apropriação”¹⁸⁶.

Para Heloisa Helena Barboza, a Lei de Transplantes apresenta ambigüidades ao apontar que a retirada de órgãos e tecidos para transplantes ou outra finalidade médico-terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau”¹⁸⁷. Neste ponto, questiona-se: e a vontade do doador? Afinal, por ser direito de personalidade a autodeterminação do sujeito deveria ser o primeiro fator a ser considerado, mesmo que a família discorde sobre a doação dos órgãos e tecidos do

181 BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita De Cassia Resqueti Tarifa. A Autodeterminação Nos Negócios Biojurídicos: Uma Necessária Releitura Da Autonomia Privada Sob O Aspecto Liberal. Revista De Biodireito E Direitos Dos Animais. E-ISSN: 2525-9695. Brasília, V. 3, N. 1, Jan/Jun. 2017, p.58

182 PONTES, DE MIRANDA; CAVALCANTI, Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. atual. Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1995. p. 17

183 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.298

184 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em 28 set. 2021.

185 PONTES, DE MIRANDA; CAVALCANTI, Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. atual. Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1995, p. 17

186 BARBOZA, Heloisa Helena. A Pessoa Na Era Da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Cadernos IHU ideias Ano 11 – Nº 194 – 2013, p. 11

187 BARBOZA, Heloisa Helena. A Pessoa Na Era Da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Cadernos IHU ideias Ano 11 – Nº 194 – 2013, p. 14

ente querido. Segundo aponta Barboza, há desrespeito à vontade de doador, todavia quando se trata de direitos de cunho patrimonial, a vontade do testador é integralmente respeitada¹⁸⁸.

É importante frisar que alguns atos de autonomia existencial “são imodificáveis por determinação da vontade, devido à superior ordem do interesse envolvido” já que geram efeitos inalteráveis como por exemplo o casamento, a perfilhação, a doação de órgãos¹⁸⁹. Tal efeito se dado tanto pela manutenção da ordem pública constitucional (artigo 227, da CF) quando pelo ato em si, como se arrepender e doar um rim ao cônjuge que posteriormente descobre ser infiel à relação inicialmente monogâmica?

Como se verá a seguir, a revogabilidade de algumas situações existenciais é faticamente impossível, como quando da fertilização e produção do embrião, reconhecimento de filho e na adoção. Para estes casos específicos a irrevogabilidade advém do artigo 1.610 do Código Civil, que inadmite a revogação do reconhecimento filial, notadamente pelos efeitos da revogabilidade incidirem sobre a dignidade alheia¹⁹⁰. Nesse ínterim, deve-se observar o direito ao arrependimento no que tange os atos existenciais a depender do limite específico do ato. Quanto aos atos de disposição do próprio corpo há diferenciação quanto a parte em específico, se é ou não descartável, ou seja, para bens como sangue, células e fluidos há um tratamento diferenciado do que seria para partes não descartáveis.

Observe-se o que dispõe no Código Civil no artigo 13, ao dispor 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”, referindo-se neste caso a atos de transplante. Já o artigo 14, na sequência, aponta como válida, a disposição do corpo para sanar objetivo científico ou altruístico, e gratuito, no todo ou em parte, para depois da morte, e no parágrafo único dispõe que “o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. Nesta feita, resta claro que há revogabilidade nos atos existências quando não afetarem a dignidade alheia ou forem contrários ao ato em si. Assim, como observa-se no julgado, em alguns casos inclusive a disposição de partes renováveis é até incentivado como ato de cidadania,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA

¹⁸⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. A Pessoa Na Era Da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade.

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Cadernos IHU ideias Ano 11 – Nº 194 – 2013, p. 14

¹⁸⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.41

¹⁹⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro Renovar. 2009, p.250

CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente¹⁹¹.

O direito à disposição do próprio corpo, diante do déficit de partes destacáveis de modo gratuito e humanístico é revogável até o limite do ato em si. Mas há como se arrepender do material biológico doado e ainda não utilizado, como sêmen e óvulo, desde que não iniciado o projeto parental de outrem. Sobre a doação de gametas o anonimato e a gratuidade devem ser preservados para que não haja problemas na ordem financeira e patrimonial, como no direito sucessório e exigência do pagamento de pensão alimentícia. Ademais, o anonimato eleva as chances do aumento das doações já que no banco de gametas haveria somente informações básicas como o tipo sanguíneo, origem da família, fenótipo (altura, cor dos olhos e cabelos, por exemplo), profissão e hobbies.

Todavia, não há como se arrepender da bolsa de sangue doado, do leite materno doado, do cabelo doado, da filiação já constituída, do rim já transplantado, do útero emprestado ou mesmo do embrião já gerado. Sobre o conflito de vontades quanto a destinação do embrião gerado não há como se arrepender, o material genético é pertencente de forma indissociável ao

¹⁹¹ STF - ADI: 3512 ES, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82

embrião formado por dois conjuntos cromossômicos de indivíduos distintos. Seria possível voltar atrás do projeto parental já iniciado? Poder-se há obrigar alguém a exercer a parentalidade? Haveria alguma distinção quando não há mais possibilidades biológicas de filiação para um dos doares envolvidos? Quando da dissolução familiar, seria o embrião partilhado como se bem fosse? Neste momento, é necessário voltarmos à constituição do ser humano e ao marco vital, após ao enquadramento do embrião para seguidamente discutir sobre os elementos jurídicos patrimoniais e personalísticos que guarnecem a disputa conjugal sobre o embrião criopreservado.

2. DO EMBRIÃO

O homem como ser social vem desde os primórdios modificando o meio em que vive: através de sua racionalidade, foi possível a criação de uma comunidade global tecnológica que domina o mundo e a natureza. O incremento da ciência possibilitou a ampliação da dominação do homem, a natureza seria assim mais uma matéria no cosmos.

De acordo com François Ost, o homem estaria designado à natureza e suas vontades, sendo sua visão de mundo empírica e pequena diante da grandiosidade do natural: para Ost, a natureza considerada no seu princípio a reprodução de si própria escapava à ciência e à apropriação humana.¹⁹² Entrementes, o limite do homem não é mais o natural como Ost acreditava ser, já que na contemporaneidade triunfam a biotecnologia e a engenharia genética que procedem à transformação-fabricação do vivo pela modificação ou pela supressão da informação genética do organismo manipulado, quer se trate de um microrganismo, de uma planta, de um animal ou de um homem.

A vida tornou-se objeto de ciência, uma ciência não mais descritiva (anatômica), mas realmente criadora (genética) viva¹⁹³. A abertura da via científica aos limites do biológico possibilitou inúmeras aplicações práticas, que antigamente eram infundadas e que mudam a perspectiva de análise do mundo e da moral. Com a criação de um mercado potencialmente imenso, de tal forma, a exploração da natureza alcança então o último refúgio que ainda lhe escapava, a manipulação da vida e dos organismos biológicos¹⁹⁴. Consequentemente, as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços o aumento na expectativa de vida humana, e o homem se tornou capaz de influenciar a morte e o nascimento dos seres humanos.

Para a humanidade, sempre foi difícil responder de onde surgiu, para onde vai o homem, mas principalmente o que é estar vivo. Sobre o desenvolvimento humano levado a seus primórdios biológicos, encontrou-se a menor versão do DNA humano, contida no embrião. Sobre sua natureza, enquadramento e tutela do embrião há muitas divergências, que mudam conforme a moral individual, a sacralidade ou o apego científico, mas todas convergem ao

192 OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.35

193 OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

194 OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.87.

marco inicial vital e a determinação do conceito de vida. Antônio Chaves, ao discorrer sobre o conceito de vida, preleciona que:

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?¹⁹⁵

A pulsação misteriosa se refere ao sentido sacramental da vida, o entorno onde a ciência e razão ainda não conseguiram delimitar quando exatamente se inicia e quando se finda. Segundo Zygmunt Bauman, “foi a consciência da morte que insuflou vida na história humana”¹⁹⁶, onde a consciência do fim e do ser são realidades difíceis para o homem e por isso o conceito de vida seja o termo em que mais o homem ao longo dos séculos tenta desvendar seja através da religião, da biologia, física ou química.

Morfologicamente, vida deriva do termo *vita* que nada mais é que a junção de dois conceitos gregos: “*zoé*, ou vida orgânica em princípio comum a todos os seres vivos, e *bíos*, ou vida [...] humana, isto é, a forma de vida que possui características simbólicas, morais e políticas”¹⁹⁷. Destarte, fica evidente que a vida humana do *homo sapiens* desde os primórdios vai além da mera vida biológica das demais espécies de seres vivos, caracterizando-se na raiz morfológica da palavra o homem como ser consciente e político.

Segundo Fermin Schramm, a aludida nomenclatura permite classificar os homens como:

[...] membros da espécie biológica *homo sapiens* quanto como cidadãos ou pessoas, ou seja, como seres biológicos (ou “naturais”) e como seres que transcendem, em suas vidas cognitivas, morais e políticas, sua condição de seres “zoológicos” submetidos às leis naturais, para se tornarem seres “biológicos” autônomos, com biografia e responsáveis por seus atos ou práxis.¹⁹⁸

195 CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

196 BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.203;

197 SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. Revista Bioética 2009. Disponível

em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/505/506 Acesso em 20 de junho de 2022, p.380

198 Op. cit., pp. 380-381.

Nessa linha, para além da morfologia da palavra *vida*, seu conceito desprende-se de outras formas de classificação segundo os vários campos de estudos, podendo dividi-los em três grandes grupos. Para a ciência - como genética, bioquímica, mecânica e biologia -, a classificação do conceito vital tem uma perspectiva internalista ou mecanicista ao se analisarem as propriedades biológicas em si como estruturas e funções moleculares que constituem o vivente^{199 200}; o segundo grupo, externalista ou vitalismo, seria formado pelo viés sacramental, por concepções religiosas e filosóficas ao compreender que para o conceito de vida haveria uma força ou impulso vital: vida seria “como algo que se manifestaria externamente à própria constituição do vivente, isto é, vida seria algo que se manifestaria por meio de uma influência externa ou que tenderia a uma finalidade além do simples viver”²⁰¹.

Já a última classificação seria o relacional ao conceituar vida não como uma propriedade de organismos isolados, mas o resultado da interação dos organismos entre si e com seu ambiente físico-químico vivente²⁰². Poderia também ser chamada de organicismo ao compreender que a vida deriva da estruturação de partes e sua interação²⁰³.

2.1 Direito à vida: contexto filosófico

Erwin Schrödinger analisa o conceito de vida pelo aspecto físico da célula viva seguido de mente e matéria.²⁰⁴ O físico inicia seus estudos pelo átomo como a menor partícula que pode ser estudada pelo homem, explicando como tal molécula vibra e como seus efeitos organizacionais alteram sua matéria. Aplicando essa conceituação no corpo humano, entende-se em um primeiro momento que “as interações físicas entre nosso sistema e outros devem,

199 COUTINHO, F. A.; MORTIMER E. F.; EL-HANI, C. N. Construção de um perfil para o conceito biológico de vida. *Investigações em Ensino de Ciências*, v. 12(1), p. 115-137, 2007.

200 COUTINHO, Francisco Ângelo. Construção de um perfil conceitual de vida. Belo Horizonte: Faculdade de Educação, UFMG, Tese (Doutoramento em Educação) 2005.

201 COUTINHO, Francisco Ângelo; MARTINS, Rogério Parentoni; VIEIRA, Marcos Costa. Contribuição da filosofia da microbiologia para fundamentar a zona relacional do perfil conceitual de vida. *Ensaio*, Belo Horizonte-MG, v. 14, n. 03, | set-dez 2012, pp. 51-64. Disponível em <<https://libgen.ggfwzs.net/book/73985359/56dd19>>. Acesso em 12 set. 2021, p.55.

202 COUTINHO, Francisco Ângelo; MARTINS, Rogério Parentoni; VIEIRA, Marcos Costa. Contribuição da filosofia da microbiologia para fundamentar a zona relacional do perfil conceitual de vida. *Ensaio*, Belo Horizonte-MG, v. 14, n. 03, | set-dez 2012, pp. 51-64. Disponível em <<https://libgen.ggfwzs.net/book/73985359/56dd19>>. Acesso em 12 set. 2021, p.55.

203 REHMANN-SUTTER, 2000, p. 337 apud COUTINHO, 2012. COUTINHO, Francisco Ângelo; MARTINS, Rogério Parentoni; VIEIRA, Marcos Costa. Contribuição da filosofia da microbiologia para fundamentar a zona relacional do perfil conceitual de vida. *Ensaio*, Belo Horizonte-MG, v. 14, n. 03, | set-dez 2012, pp. 51-64. Disponível em <<https://libgen.ggfwzs.net/book/73985359/56dd19>>. Acesso em 12 set. 2021.

204 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997

como regra, possuir elas próprias um certo grau de ordenamento físico, [...], devem obedecer a leis físicas estritas com um certo grau de precisão”²⁰⁵. Mas, talvez essa seja uma ingenuidade inicial já que simplesmente transferir a conceituação dos objetos da matéria ao corpo humano demandaria que as reações biológicas fossem gigantescos eventos multiatômicos demandando um comportamento ordenado de milhões de estruturas²⁰⁶.

Com efeito, biologicamente o mandamento vital advém do núcleo celular do ovozigoto - união cromossômica de gametas femininos e masculinos -, que pode gerar um novo indivíduo através da multiplicação da primeira célula e a posterior diferenciação em diversos tecidos. No procedimento de mitose, ovo divide-se em duas “células-filhas” que, no passo seguinte, produzirão uma geração de quatro, então 8, 16, 32 e assim por diante, sofrendo alterações na rapidez da divisão celular de acordo com a diferenciação dos tecidos. Quando da constituição do indivíduo e a maturação dos tecidos outro tipo de divisão celular formará os gametas para a posterior continuidade do ciclo da vida - a meiose.

Conforme Schrödinger:

Na meiose, o duplo conjunto de cromossomos da célula parental simplesmente se separa em dois conjuntos singulares, cada um dos quais vai para uma das células-filhas, os gametas. Noutras palavras, a duplicação mitótica do número de cromossomos não acontece na meiose: o número permanece constante e, assim, cada gameta recebe metade - isto é, apenas uma cópia completa do código, não duas; por exemplo, no homem, apenas 24 e não $2 \times 24 = 48$.²⁰⁷

Isso demonstra que o desenrolar dos eventos no ciclo de vida de um organismo exibe uma regularidade e ordem surpreendentes, incomparáveis a qualquer coisa que se encontre na matéria inanimada. Como bem aponta Roger Scruton, a ordem natural é cíclica uma vez que “uma coisa se metamorfoseia em sua sucessora sem qualquer perda ou ganho absolutos, o todo sendo governado por leis de conservação que nos proíbem de dizer que algo é criado do nada ou que outra coisa simplesmente desaparece”²⁰⁸.

E nesse ponto, até o presente momento da ciência há um grande contraponto entre a ordem da biologia celular e as leis da física que tendem ao caos, eis que a matéria viva funciona de uma forma única diferente da matéria inanimada e, conforme Schrödinger, a respectiva

²⁰⁵ SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.14;

²⁰⁶ SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.19;

²⁰⁷ Op. cit., p. 20.

²⁰⁸ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.220;

limitação da compreensão científica da vida gera algumas dúvidas: “qual a característica particular da vida? Quando se pode dizer que uma porção de matéria está viva?”²⁰⁹.

Para responder fisicamente às perguntas, o físico austríaco apresenta o conceito da termodinâmica ao conceituar uma matéria viva como aquela que tem energia, vibra e emite calor: “energia é necessária para repor não apenas a energia mecânica de nossos esforços corporais, mas também o calor que liberamos continuamente no ambiente”²¹⁰. Haveria assim a consideração da relação vida com entropia, “podendo fazer a relação da maior velocidade ou temperatura mais elevada acelera as reações químicas envolvidas na vida”, que confirmaria o maior desenvolvimento do ser, de acordo com sua gradação a sua entropia²¹¹.

Ou seja: a principal diferença da matéria de um organismo vivo seria a de que este “deteria energia” “por um período muito mais longo do que esperaríamos que uma porção de matéria inanimada o fizesse nas mesmas circunstâncias”²¹². Assim, quando essa matéria de um organismo vivo morre haveria um decaimento no equilíbrio termodinâmico mais retardado que a matéria inanimada. A lei básica da física, em que nada se perde, nada se cria, tudo se transforma, pode ser aplicada aqui, já que a física não admite a criação de *per si* e a transcendência à matéria seria “o que conhecemos como objetos, são meramente as formas passageiras adotadas por partículas e forças”²¹³.

Em outras palavras:

Ele se alimenta de entropia negativa", como se atraísse um fluxo de entropia negativa para si mesmo, a fim de compensar o aumento de entropia que produz por viver e, assim, manter-se em um nível de entropia estacionário e bem baixo. [...]entropia, tomada com o sinal negativo, é ela mesma uma medida de ordem. Assim, a forma pela qual um organismo se mantém estacionário em um nível razoavelmente alto de ordem (= nível razoavelmente baixo de entropia) realmente consiste em absorver ordem de seu meio ambiente²¹⁴.

209 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.42;

210 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.44;

211 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.44;

212 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.42;

213 SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 220;

214 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.43;

Não obstante, a consciência humana seria um ponto crucial no entendimento do *status* da vida humana já que o sistema nervoso é a máquina mais complexa do corpo humano e sem o funcionamento dela nada mais há no ser, não há estímulos ou funções biológicas vitais. É inclusive neste ponto que a morte é reconhecida como a perda dos estímulos nervosos, ausência de reatividade supraespinal e apneia persistente: este é o conceito de morte adotado pela medicina e biologia²¹⁵.

Nesse mister, sem os estímulos nervosos o que viria a acontecer com a consciência humana quando para além da perda da entropia pela matéria viva, ou dos estímulos nervosos – ou seja, a morte? A consciência humana, ou alma, também morreria? A respeito, segue Schrödinger ao citar Eranos Jahrbuch, buscando a compreensão científica do que ele denomina de alma, e é nesse ponto que a ciência admite sua insignificância concebendo a possibilidade de conclusões menos racionais:

Quando da morte de qualquer criatura viva, o espírito retoma ao mundo espiritual, o corpo ao mundo corpóreo. Nisso, contudo, somente os corpos estão sujeitos a mudar. O mundo espiritual é um espírito único que se mantém como uma luz por trás do mundo corpóreo e que, quando qualquer criatura individual ganha existência, brilha através dele como através de uma janela. De acordo com o tipo e tamanho da janela, menos ou mais luz entra no mundo. A luz em si, contudo, permanece inalterada.²¹⁶

Para Schrödinger, somente poderia existir uma única resposta plausível:

[...] a consciência é um singular cujo plural é desconhecido; que existe apenas uma coisa e o que parece ser uma pluralidade é apenas uma série de aspectos diferentes dessa mesma. [...] Vemos que todas as tentativas de se estender o domínio da consciência, perguntando-nos a nós próprios se alguma coisa desse tipo poderia estar razoavelmente associada com outros processos, de caráter não-nervosos, devem necessariamente entrar no domínio da especulação não-demonstrada e não-demonstrável.²¹⁷

Conclui o físico que, para o mundo que conhecemos hoje em que o corpo não vive sem alma e a alma não vive sem corpo, não haveria nada após a vida, não dentro do mesmo espaço

²¹⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.173/17, 23 de novembro de 2017. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fsaude.rs.gov.br%2Fupload%2Farquivos%2Fcarga20171205%2F19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf&clen=147493&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022

²¹⁶ SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.68

²¹⁷ SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.55;

e tempo²¹⁸. Explica o físico que a consciência apreende de modo inconsciente e está necessariamente associada a substância viva²¹⁹.

Entretanto, esse raciocínio torna-se insuficiente ao se considerar o ser humano para além da mera questão biofísica, adentrando-se na questão filosófico-social. Nesse mister, para a conceituação de vida pelo viés externalista, volta-se aqui à Filosofia.

Inúmeros foram os filósofos que se debruçaram em questionamentos sobre a compreensão da vida humana, mas todos partem do homem como um ser social e do seu meio como ponto de partida. A respeito, sabe-se que a diferença entre o mundo da ciência e o mundo filosófico é uma questão prática e cognitiva²²⁰, ao aplicar de modo diverso a racionalidade. Nessa linha, conforme as palavras de Bauman²²¹ e em paralelismo com a física, o indivíduo seria como um átomo, sendo indivisível: “humano é a menor unidade a qual ainda se pode atribuir a qualidade de ‘humanidade. [...] a sociedade seria um conglomerado de indivíduos”.

Outra acepção sobre a relação entre indivíduo e sociedade constitutiva da noção de pessoa possível seria a de que “todo ser humano vem ao mundo situado em um campo de relações sociais; tornar-se pessoa é questão de reunir essas relações em estruturas da consciência”²²². Scruton cita a definição de Boécio - “pessoa como uma substância individual de natureza racional”²²³ -, e Naara Luna cita La Fontaine segundo o qual o homem é um indivíduo experimental, um “eu” autoconsciente com a identidade de si, e “‘Pessoa’ constitui um complexo de relações sociais, termo técnico que abstrai características e papéis nas relações sociais da realidade empírica”²²⁴.

Santo Agostinho se destacou por ser o primeiro filósofo existencialista cristão. Defendia que a lei natural era a lei divina na consciência humana (lei natural e lei eterna): o homem tem consciência de seu estado e busca alívio mental em seu caminho, alívio esse que seria obtido

218 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.75;

219 SCHRÖDINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997, p.55

220 SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.50

221 BAUMAN, Zygmund. Vida líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p.29-33;

222 LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 414;

223 SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.43;

224 LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 414;

por meio do “descansarmos em Cristo”²²⁵. Nesse sentido sobre consciência, Scruton defende que se deve priorizar a consciência sobre a matéria, capacita o verdadeiro “eu” que existe dentro de nós, a nos libertar de todas as preocupações materiais e sensoriais que nos aproximará do eu universal.²²⁶

A perspectiva da morte como contraposição à efemeridade humana também é um ponto crucial da visão filosófica, até pela facilidade de definição em contraponto à dificuldade de se apontar o que é vida: o “saber-se mortal é um dos esteios da experiência que o homem tem de si mesmo”²²⁷. Por exemplo, Rodrigo Siqueira-Batista e Fermin Schramm asseveram que Michel de Montaigne defendia que a filosofia é aprender a morrer; Martin Heidegger afirmava que o homem mortal poderá confirmar a efemeridade ao olhar para o divino.²²⁸

Já Hegel negava a primariedade da finitude como questão primordial da existência humana e superação da morte; e para Platão, o propósito da filosofia é aprender a morrer, já que para o filósofo os estudos, as artes, e as instituições políticas alimentam a alma ao passo que o corpo é alimentado pela comida e pelos remédios: a cidadania, a participação do homem nas decisões da *polis* é fundamental para a qualidade de vida do ser, “nesse sentido que Platão qualifica a filosofia como uma genuína medicina da alma”.

Como Aristóteles e Platão, em Pico Della Mirandolla o homem e sua alma ocupam um lugar central na filosofia, onde a alma do homem também é considerada a intermediária entre os mundos físico e transcendental.²²⁹ A mistura entre a filosofia e o mundo cristão trazem a centralidade, o antropocentrismo, “a noção do homem como grande milagre da criação, centro do universo e mediador das realidades terrena, celeste e divina”²³⁰. A dignidade humana viria do fato do homem ser uma criatura criada à imagem e semelhança de Deus.

Nas palavras de Mirandolla, o homem é um ser dual, entre dois mundos - o Céu e a Terra -, entre dois tempos - finito e eterno -, mas é também um ser dotado de corpo,

²²⁵ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.43;

²²⁶ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.43;

²²⁷ SIQUEIRA-BATISTA Rodrigo, SCHRAMM Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, mai -jun, 2004, p. 855-863.

²²⁸ SIQUEIRA-BATISTA Rodrigo, SCHRAMM Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, mai -jun, 2004, p.855

²²⁹ PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Giovanni Pico. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015, p.22-25

²³⁰ PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Giovanni Pico. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015, p. 21

sensibilidade e razão e, como é a criatura suprema e mais perfeita de Deus, “é o portador de “natureza indefinida” “que precisa ser encarnada, ou seja, realizada segundo essa essência”²³¹.

Em Kant, a principal característica do ser racional não é a unidade de substância ou a capacidade de obedecer à razão, mas a “autoconsciência e o uso do ‘Eu’” pelo poder do homem de se auto identificar é que tem a consciência de viver racionalmente²³². Nesse sentido:

Kant atribui à unidade original da consciência — o status de uma pressuposição do nosso pensamento, incluindo o pensamento que pode nos levar a duvidar dela. De fato, a compreensão desse assunto, a aderência a essa pressuposição e a prática que vem dela é justamente o que significa a liberdade transcendental de Kant.²³³

Nesse sentido, Kant se questiona como é possível e com que garantia o indivíduo afirma a própria identidade como uma verdade objetiva sobre o mundo, pelo que a autoconsciência faz do pensamento humano o fator transcendental da existência do ser: “eu sou eu para mim mesmo apenas porque, e na medida em que, eu sou você para outro”²³⁴. O indivíduo assume a própria existência pela presença do outro e por isso – a existência do outro – tem-se uma consciência imediata da condição individual, já que a filosofia também é a pressuposição do outro: atribui-se a si mesmo seus próprios estados mentais — memória, esperanças, intenções etc. — que tocam no passado e no futuro e representam a permanência do ser humano: o “eu” requer o “você”, e os dois se encontram em um mundo de objetos²³⁵.

Nessa relação de si para com o próximo é que se sobressai o entendimento kantiano de dignidade humana e autonomia ética, bem como impossibilidade de objetificação do ser nem por ele próprio:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento* (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si

²³¹ PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Giovanni Pico. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015, p.23

²³² SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.55;

²³³ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.96;

²³⁴ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.90

²³⁵ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 94-95;

mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.²³⁶ (grifo do original)

Entende-se assim que da incerteza de ser tudo o quiser ser, o homem é um elo que liga o mundo perceptível ao mundo inteligível, um microcosmo ao mesmo tempo que atesta o valor que atribui à dignidade humana²³⁷.

Já Hegel entende que “o sujeito avança em direção ao conhecimento concreto apenas por meio de um movimento que vai para fora, em direção àquilo que ‘limita’ e ‘determina’ as fronteiras do *self*”²³⁸. A liberdade em Hegel seria a distinção entre os indivíduos sociais e seria através do processo de autoalienação que o homem se entende como sujeito, já que os outros deverão me reconhecer e eu a eles em uma relação de subordinação e domínio a qual a ordem moral foi constituída²³⁹. Os limites dos outros, portanto, definiriam a liberdade e consciência do indivíduo.

Outra importante contribuição ao entendimento filosófico sobre vida foi apresentada por Hannah Arendt²⁴⁰, que argumenta haver um desejo do homem de sempre fugir de sua condição humana - a mortalidade: a condição humana incluiria mais do que apenas a condição que dá vida aos seres humanos, e por isso haveria tanto empenho em prolongar a vida.

Prossegue a autora:

A mortalidade dos homens reside no fato de que a vida individual a com uma história vital identificável desde o nascimento até a morte, advém da vida biológica. [...] é isso a mortalidade: mover-se ao longo de uma linha reta num universo em que tudo o que se move o faz num sentido cíclico.²⁴¹

O que se denota é que as pessoas são seres condicionados: o que quer que entrem em contato imediatamente se torna uma condição de sua existência. O mundo criado condiciona e é condicionado pelas reiteradas ações humanas, sendo este o fato constitutivo da *vita activa*. Nesse mesmo sentido, não há somente o “eu” consciente subjetivo, a concepção de condicionamento humano para Scruton é para além do espaço-tempo: “as pessoas também são

²³⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p.77

²³⁷ PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovani. Discurso pela dignidade do homem. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015.p.25

²³⁸ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.140;

²³⁹ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.45

²⁴⁰ ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 10.ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.10;

²⁴¹ ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 10.ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.27;

objetos com quem nos encontramos no mundo da nossa percepção. As pessoas afetam e são afetadas por outros objetos, e existem leis que governam o seu vir a ser e o seu falecer”²⁴².

Para Arendt, os indivíduos sociais “constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais”²⁴³. De tal modo, para Arendt a *vita activa* seria um conceito com três pilares de atividades, sendo elas labor, trabalho e ação, onde sua fundamentalidade consiste na motivação a qual houve a criação do homem:

[...] a condição humana do labor é a própria vida, [...] o trabalho é a mundanidade. A ação é a atividade diretamente entre os homens sem mediação das coisas ou da matéria, condição humana da pluralidade. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política, mas essa pluralidade é condição de toda vida política.²⁴⁴

Nessa linha, o homem seria um ser político e, sem a socialidade que demanda convivência coletiva e sua integralidade ao espaço público, não haveria humanidade já que somente a politização do ser permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos, ao que Scruton²⁴⁵ bem observa que o conceito da pessoa é explicado “nos termos do conhecimento em primeira pessoa e do encontro eu-para-você”.

Assim, através das abordagens filosóficas mencionadas fica evidente que o entendimento da vida do indivíduo em si passa pela socialização e pela consciência como pessoa não só do ponto de vista estritamente biológico mas também e principalmente do ponto de vista social, no sentido de se considerar o que seja vida tendo-se em vista as consequências sociais de tal entendimento. Qualquer que seja o termo utilizado - cidadania, política, sociedade, entre outros -, é necessário o entendimento de comunidade, de compreender a existência de “um outro” e de se entender a vida individual somada à desse outro ou “desses outros” por meio da razão, consciência, *self*, alma, ou congênere.

2.2 A perspectiva jurídica do direito à vida

²⁴² SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.47;

²⁴³ ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 10.ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.17;

²⁴⁴ ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 10.ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.15

²⁴⁵ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.100;

Os direitos permitem construir uma sociedade regulada por relações consensuais, e o fazem definindo uma esfera de soberania individual sobre os outros: “o direito é proporcional a um dever de respeitá-lo”²⁴⁶. A vida com toda certeza é o direito primordial que garante o usufruto de todos os outros direitos humanos, posto ser imprescindível que o ser humano esteja vivo para o exercício dos demais direitos. Não sem motivo, o art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴⁷, ao preconizar que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, elenca a vida em primeiro lugar.

O direito à vida pode ser entendido em duas acepções, sendo a primeira como concessão de viver como bem se quer o indivíduo livre para fazer suas vontades, ressaltando-se que o exercício dessa liberdade se dá até o limite do direito do outro, sem ameaçar a vida deste ou a própria²⁴⁸. Por este imperativo categórico, como ensina Kant, é que matar é um verbo deôntico que tipifica ao crime de assassinato²⁴⁹. A segunda acepção, conforme aponta Scruton²⁵⁰, incluiria a proteção contra qualquer ameaça, como a doença por exemplo.

Entretanto, mais que entender o conceito e a amplitude do direito à vida, faz-se necessário entender sua extensão quanto à titularidade deste direito. Quando o indivíduo detém a titularidade de seus direitos?

Os direitos inerentes à condição humana garantem o gozo de seu próprio ser, em todas as suas manifestações materiais e espirituais. São essenciais ao serem conferidos para proteger os atributos que correspondem a própria ideia de humanidade, transcendendo o mero título de direitos e deveres numa relação subjetiva quando se observa pela perspectiva de garantia de uma vida digna. Nesse sentido, a personalidade não deve ser um puro objeto de titularidade no ensejo aos direitos, mas também um valor levando em conta todos os atributos inerentes e necessários a uma vida digna tanto pelo Estado, pela sociedade e pelos outros indivíduos sociais independentemente do abrigo jurídico²⁵¹.

²⁴⁶ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.112;

²⁴⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 19/06/2022

²⁴⁸ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.109;

²⁴⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, pp.53-56

²⁵⁰ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 109;

²⁵¹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. SOARES, Hugo Henry Martins de Assis; ROSA, Fernanda da Silva Vieira; COSTA, Lara Silva Brito. Aborto e direito à vida: (não) recepção do aborto em caso de estupro. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano 6, n. 3, 2020, pp. 1345-1372. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1345_1372.pdf>. Acesso em 10 jan. 2022.

Nesse contexto, o direito à vida independe da considerável positivação do Estado ou dos diferentes sistemas políticos e sociais: é um direito inato, na medida em que aparece independente da atividade do proprietário dirigido ou disposto a obtê-lo, sendo ainda indisponível, intransferíveis e inalienáveis, imprescritíveis.

Maria Helena Diniz discorre a respeito:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência da humanidade civilizada.²⁵²

Nesse sentido, “homem como artífice de si, dotado de livre-arbítrio e da capacidade para escolher livremente a sua própria vida”²⁵³, existindo assim a vida que se quer viver, e o conceito de vida em si. A partir de que momento haveria então vida e desta forma acepção aos direitos? Dworkin aponta que a dificuldade no apontamento do marco vital é as diferentes perceptivas subjetivas que a vida tem para os sujeitos, “pessoas diferentes, com convicções profundamente deferentes sobre uma vasta gama de questões religiosas e filosóficas, dão respostas diferentes”²⁵⁴. O direito como moral geral tem dificuldade de apontar um denominador comum dada a sacralidade da vida, nesse sentido Dworkin aponta os diferentes valores que poderia ter a vida.

Quanto à vida humana, será ela subjetiva, instrumental ou intrinsecamente valiosa? É valiosa nos três sentidos, acreditamos em quase todos. Tratamos o valor da vida de uma pessoa como instrumental quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida das outras pessoas. [...] Tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quando avaliamos seu valor para ela

²⁵² DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, pp 46-7;

²⁵³ PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Giovanni Pico. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015, p.11

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.97

própria, isto é, em termos de quanto ela quer estar viva, ou de quando o fato de estar viva é bom para ela.²⁵⁵

Sobre o contexto apresentado, Peter Singer aponta que o consenso, nas sociedades pluralistas modernas, o pode ser mais facilmente alcançado sobre procedimentos, regras mínimas e direitos do que sobre a vida boa. O modelo liberal oferece soluções legais simples para problemas intrincados como aborto e eutanásia- limitação da vida-, confiando aos indivíduos a responsabilidade por dilemas morais²⁵⁶. Todavia, mesmo nesse modelo alguns padrões máximos e mínimos devem ser tutelados pelo direito, especialmente por tanger a um ponto crucial para ascensão de outros direitos, a vida.

De forma crítica, Singer aponta falhas no marco vital primordialmente estabelecido - a concepção. Para o autor:

[...]afirmar que a vida começa na concepção significa que o óvulo se torna biologicamente humano quando é fertilizado. Mas isso também é falso. Um óvulo humano não fertilizado é tão humano quanto qualquer outra célula humana. Difere da maioria das células humanas por ser haploide em vez de diploide (tendo 24 em vez de 48 cromossomos); mas isso é padrão para espermatozóides e óvulos humanos, e não desmente sua pertença à espécie. Todas as células em nossos corpos que contêm nosso genoma humano são, por definição, humanas. Se sua humanidade biológica fosse suficiente para dotá-los do direito à vida, então escovar os dentes seria o equivalente moral do homicídio em massa, pois inevitavelmente destrói muitas células humanas vivas, assim como muitas bactérias²⁵⁷ (tradução nossa)

Para Dworkin, “divergimos tão profundamente porque todos levamos muito a sério um valor que nos une como seres humanos - a santidade ou a inviolabilidade de cada etapa de toda e qualquer vida humana”²⁵⁸. Nenhum direito como visto no capítulo anterior deste estudo é absoluto, assim também não sendo o à vida posto haver previsão legal da pena de morte em caso de guerra e o aborto com suas exceções (estupro, risco de morte da mãe, anencefalia). Todavia, tendo-se em vista que o marco vital supremo não foi ainda decidido em nível de consenso, de forma sucinta abordar-se-ão alguns casos internacionais e nacionais que tratam sobre o estágio pré-natal em si e conforme tal especulam o marco vital inicial.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.101

²⁵⁶ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 70

²⁵⁷ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 160

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 341.

A primeira decisão que merece destaque foi a pauta do trabalho de Dworkin²⁵⁹, e aconteceu no Texas em 1970, no caso *Roe versus Wade*²⁶⁰, sendo uma decisão histórica em matéria de aborto. Jane Roe queria a interrupção da gestação por ser fruto de violência, onde três anos após a Suprema Corte dos Estados Unidos com base no direito à privacidade da mulher sobre seu corpo concedeu o pedido de Roe²⁶¹. Nas palavras de Dworkin, o direito à privacidade trata-se do âmago do ser humano e suas escolhas “direito do indivíduo, casado ou solteiro, a estar livre da intrusão governamental em questões que afetam tão profundamente uma pessoa, como é o caso da decisão de ter um filho e poder cria-lo”²⁶².

Ao decidir sobre a privacidade da mulher, decidiu-se sobre a vida ao determinar que “as mulheres têm um direito constitucional à privacidade, e que desse direito geral se infere que elas podem optar pelo aborto antes do final do segundo trimestre de gravidez”²⁶³. A Corte também decidiu que o início da vida ocorre com a implantação do embrião no útero ao se possibilitar a formação do sistema nervoso a partir do terceiro mês²⁶⁴.

Nesse caso, Dworkin argumenta que:

A vida humana tem um valor intrínseco que independe por completo de seu valor pessoal para qualquer pessoa, e a divergência quanto à correta interpretação dessa ideia comum é o ponto crucial do grande debate sobre o aborto. Por esse motivo, o debate é ainda mais importante para a maioria das pessoas do que a questão de se o feto é ou não uma pessoa, uma vez que seu alcance é bem maior – aprofunda a reflexão sobre as diferentes concepções não apenas do valor e da finalidade da vida humana como também do significado e da natureza da morte humana.²⁶⁵

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁶⁰ O caso *Roe versus Wade*, tem seu cerne no direito à privacidade e não no direito à vida. Aponta os direitos da mulher sobre seu corpo e a possibilidade de aborto já que o Estado não tem o poder de proibir o aborto e que o direito da mulher de interromper sua gravidez era protegido pela Constituição. Mas como tratar do aborto e não tratar do feto? Assim de certa medida a decisão extra petita também suscita a tutela do ser em desenvolvimento.

²⁶¹ “O direito à privacidade que o tribunal endossou no caso ROE VZ WADE significa, claramente, privacidade no sentido de soberania quanto a decisões particulares específicas, e não se segue, do fato de seu próprio corpo para fins de apropriação, que seja indiferente ao modo como seu parceiro a trata - ou como ela o tratada dentro de sua própria casa. Ao contrário o direito de não ser estuprada ou forçada a fazer sexo é mais um exemplo do direito de controlar o uso do próprio corpo”. DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.75.

²⁶² DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.146

²⁶³ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.71

²⁶⁴ HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em< chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanaus%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 94

O autor ainda aponta ser lamentável que a vida humana, uma vez iniciada, termine prematuramente, mesmo que não prejudique uma pessoa em particular. Nas suas palavras “o aborto às vezes é condenável, não porque viola os direitos ou interesses do feto”, mas pelo valor intrínseco da vida. Foi com base neste pensamento que a decisão da Corte reverberou sobre todo o Estado ao permitir que as mulheres americanas possam abortar até o terceiro mês de gravidez, ao que no segundo e terceiro trimestre os Estados Federados teriam regulamentação restringindo ou proibindo os abortos, mas com vista de resguardar a potencialidade da vida humana, e a saúde feminina. E em questão de saúde da mulher, com risco de morte, poderiam obter aborto a qualquer tempo. No último trimestre, o Estado, com o objetivo de resguardar a potencialidade da vida humana, pode, se assim desejar, regular e até proibir o aborto, exceto quando necessário, de acordo com julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou saúde da mãe.

Em 2022, a sentença que parecia incólume foi reformada. A clássica decisão utilizada para o estudo de Dworkin e apontada acima foi reformulada²⁶⁶, fato que muda a visão antes difundida nos Estados Unidos. A ação questionou a determinação do aborto com base na premissa da privacidade, apontando a diferenciação entre os dois princípios, direito à vida e a privacidade²⁶⁷. No recente caso do estado do Mississippi, *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, que questionava a proibição da interrupção gestacional acima de 15 semanas²⁶⁸. A sentença inicial concedeu o requerido e estabeleceu a ofensa da lei ao caso *Roe vs. Wade*, todavia em reforma pelo tribunal, o caso chegou à Suprema Corte americana, que em decisão histórica firmou o entendimento de que a Constituição não prevê um direito ao aborto, e sim, direito à privacidade revogando assim a decisão de *Roe*.

É preciso esclarecer, entretanto, que a decisão não negou a possibilidade de aborto, mas apontou que na decisão de *Roe* houve a defesa da privacidade e não do marco da vida. A revogação atinge precedentes que não tratam especificamente sobre o aborto, inclusive permitindo o trânsito entre Estados, haja vista o direito constitucional de ir e vir, de modo que nada impede que uma residente de um Estado cuja legislação proíbe o aborto vá para um outro Estado realizar o procedimento. De início, é preciso que fique claro que a Suprema Corte não proibiu o aborto, e sim decidiu que se trata de um assunto a ser tratado pelos Estados, pelo povo

²⁶⁶ Ver notícia em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61929519> >

²⁶⁷ Informações retiradas da minuta da decisão, que está disponível em:

<https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf>. Acesso em 06 de setembro de 2022;

²⁶⁸ Ver notícia em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/opiniao-revogacao-roe-vs-wade-direito-aborto>>.

e seus representantes eleitos, e não pelo Poder Judiciário. Com efeito, a principal consequência da decisão é que agora cada Estado tem total autonomia para decidir se proíbe, autoriza ou até mesmo criminaliza o aborto, e em quais situações.

De acordo com uma pesquisa interna realizada pelo Instituto Guttmacher, organização voltada para o avanço na proteção dos Direitos Sexuais e Reprodutivos mundo afora, vinte e seis Estados americanos devem proibir o aborto na máxima extensão possível, sendo que treze deles já têm leis engatilhadas para entrar em vigor assim que superado o precedente *Roe vs. Wade* ²⁶⁹. A extensão das restrições ou permissões irão acabar levando o caso de volta a Suprema Corte acionada para decidir sobre a constitucionalidade de tais leis, notadamente porque a opinião da maioria não fez qualquer referência à extensão da decisão, especialmente no que tange às polêmicas que, por exemplo, proibir o aborto em todo e qualquer caso, mesmo quando a gestante for vítima de estupro ou for menor de idade, ou mesmo autorizá-lo em todo e qualquer caso, independentemente do tempo de gestação.

Outro caso internacional relevante ocorreu na França, em 27 de novembro de 1991, onde em tal oportunidade a semelhança no nome de duas mulheres (Thi-Nho Vo e de Thanh Van Vo) incorreu em erro médico gravíssimo. A primeira mulher estava grávida de seis meses e foi à consulta realizar exame pré-natal. Já a segunda mulher foi retirar o método contraceptivo DIU (Dispositivo Intrauterino). Como a mulher grávida era de origem vietnamita não conseguia se comunicar na linguagem local, o médico plantonista naquele fatídico dia perfurou o saco amniótico do feto ao tentar retirar o DIU. Tal fato impossibilitou a viabilidade da gravidez e Thi-Nho Vo teve que se submeter a um aborto terapêutico ^{270 271}.

A perda do feto causou tristeza e angústia à família, que procurou a condenação do médico pelo crime de assassinato. Em 1996, a Corte criminal de Lyons absolveu o médico; em sede de apelação à Corte, Thi-Nho Vo obteve o que procurava: a condenação do médico por homicídio involuntário com pena de multa. Todavia, em 1999, a decisão de condenação foi cassada com o fundamento de que não poderia se aplicar a conduta típica do crime de homicídio

²⁶⁹ Ver notícia em: < <https://www.guttmacher.org/news-release/2022/us-supreme-court-overturns-roe-v-wade> >.

²⁷⁰ HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanaus%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true >.

Acesso em 30 jan. 2022, p.1264;

²⁷¹ ECHEVERRIA, Andréa de Quadros Dantas. A análise do processo de tomada de decisões das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos sob o enfoque do direito à vida. Publicações da Escola da AGU, Brasília-DF, n. 35, set.-out. 2014, pp. 83-106. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Public_Esc_AGU_n.35_v.1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2021, p.87

pelo fato de que o feto não deve ser considerado como ser humano a quem se possa aplicar a proteção da lei criminal²⁷².

Dentre decisões e cassações sob os mais diversos fundamentos, os advogados de Thinho Vo em recurso ao Tribunal Europeu alegaram em sua defesa que “uma criança que ainda não nasceu está protegida pelo artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito à vida”^{273 274}. O julgamento se deu no ano de 2004 e foi entendido que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não reconhece o estatuto jurídico ao feto, por catorze votos a três, decidindo que não poderiam alegar que durante a gravidez um feto é uma pessoa no sentido legal do termo²⁷⁵.

A dificuldade do julgado advém da própria dificuldade em conceituar o marco vital, já que inevitavelmente adentra-se no cunho moral individual. Atendo-se à racionalidade dos fatos, segundo aponta Hogemann, o feto não tem o *status* moral ou legal de um ser humano por depender inevitavelmente de sua progenitora. De tal forma o argumento do referido Tribunal seria justificável neste ponto, entretanto, o feto era desejo de filiação da mãe e o médico, independentemente do *status* de pessoa e ou da individualidade do ser, deveria ser punido. Frisa-se que aqui a discussão gira em torno de feto com seis meses de gestação e não embrião humano, de tal modo que a teoria que foi defendida seria a natalista.

O direito à vida é reconhecidamente um direito humano, a ponto de figurar expressamente como tal em vários tratados internacionais a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (BRASIL, 1992), também conhecido como Pacto De San José

²⁷² HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanaus%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022, p.1264

²⁷³ HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanaus%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022, p.1264

²⁷⁴ ECHEVERRIA, Andréa de Quadros Dantas. A análise do processo de tomada de decisões das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos sob o enfoque do direito à vida. Publicações da Escola da AGU, Brasília-DF, n. 35, set.-out. 2014, pp. 83-106. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Public_Esc_AGU_n.35_v.1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2021, p.88;

²⁷⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanaus%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022, p.1264;

Da Costa Rica, cujo art. 4º estabelece que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”²⁷⁶. Sabe-se que o STF adota a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais, sendo que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi internalizada no Brasil através do Decreto 678/92, deste modo sendo crucial o julgado já que pode ensejar parâmetros para as decisões nacionais, por ser tratado reconhecido no ordenamento²⁷⁷.

Deste modo, o caso que merece destaque foi o decidido em face do Tratado ora mencionado, ocorrido na Costa Rica, conhecido como Artavia Murillo²⁷⁸. Os demandantes em 2001 adentraram com demanda perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já que a Corte Suprema daquele país proibiu os procedimentos da fertilização *in vitro* (FIV) por afirmar que tais técnicas eram contra o direito à vida dos embriões²⁷⁹. O questionamento foi julgado dez anos após o início da demanda pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e não foi uma decisão unânime²⁸⁰.

De forma sistemática, a Corte analisou outros julgados e tratados sobre a temática, entendendo em primeiro momento que toda pessoa deve se valer do processo científico, não podendo ser proibida das técnicas que aumentam a saúde reprodutiva ao buscar resolução à infertilidade e se alinham com os direitos reprodutivos e o planejamento familiar. Citam-se os artigos art. 15 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, bem como pelo art. 12 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do art. 14.1, “b”, do Protocolo de San Salvador²⁸¹.

²⁷⁶ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 30 ago. 2022.

²⁷⁷ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULO, Basile Georges Campos. Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Pensar, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021.

²⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 24 jan. 2022.

²⁷⁹ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULO, Basile Georges Campos. Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Pensar, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021, p.1;

²⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 24 jan. 2022.

²⁸¹ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULO, Basile Georges Campos. Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Pensar, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021, p.3;

Sobre o segundo ponto da demanda, o argumento da Corte da Costa Rica de que a FIV feriria o direito à vida ao manusear embriões²⁸²:

[...] a Corte IDH não identifica em nenhum dos sistemas analisados, universal e regionais (europeu e africano), nenhuma norma ou decisão que venha conferir proteção absoluta à vida pré-natal. Pelo contrário, lista uma série de casos analisados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em que o embrião/feto/nascituro não é considerado pessoa, ou titular de direito à vida de forma autônoma, independente da proteção à mulher grávida.[...] Socorrendo-se ainda de decisões nacionais de países diversos, integrantes ou não do sistema interamericano, chega às seguintes conclusões: 1) o embrião não pode ser considerado pessoa para efeitos da proteção do art. 4.1 da Convenção; 2) o termo “concepção” deve ser entendido como implantação do óvulo fecundado no útero, razão pela qual, antes disso, não se aplica a proteção do art. 4.1; 3) a expressão “em geral” permite inferir que a proteção da vida do nascituro não é absoluta, mas gradual e progressiva, podendo sofrer restrições quando em conflito com os demais direitos convencionais.

O posicionamento evolutivo da Corte ao sopesar os direitos da mulher com a vida pré-natal, designa um comportamento legislativo voltado à teoria genético-desenvolvimentista²⁸³. Tal decisão sofreu críticas ao “impor” um posicionamento sobre o marco inicial da vida aos países que convencionaram com a Corte IDH, já que o apontamento revela uma posição moral muito própria. Por ter validade supralegal, o tratado da Convenção IDH tem o condão de influenciar o ordenamento e ramificar a sua interpretação, mas não de obrigar a certo posicionamento jurídico.

Consequente, no plano nacional o primeiro julgado que é necessário mencionar foi sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal em maio de 2008, na ADI 3510²⁸⁴, ali se decidindo que não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da norma de da Lei de Biossegurança ao estabelecer a possibilidade da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias. Isto pois, a lei presume a morte do embrião ao estabelecer que a pesquisa somente ocorrerá se for o embrião inválido ou estiver criopreservado por no mínimo três anos, assim se denotando que a utilização é excepcional e a

²⁸² ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULOU, Basile Georges Campos. Comentários ao caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. *Pensar*, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021, p.4-5;

²⁸³ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULOU, Basile Georges Campos. Comentários ao caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. *Pensar*, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021, p.5.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

exceção ao destino do embrião excedentário pode ser percebida como regra a proteção da integridade física do embrião²⁸⁵.

A decisão do STF aponta que apesar de não existir no ordenamento o momento exato de quando se inicia a vida humana, e consequentemente as discussões conceituais sobre o *status* do embrião ainda não chegaram a um consenso, há de se concordar que o mesmo fará jus aos direitos do indivíduo humano ainda que seja potencialidade a sê-lo, desta forma determinando que, do mesmo modo que a morte cerebral é decretada para a doação de órgãos, a vida teria o marco inicial junto com as terminações nervosas²⁸⁶.

Do voto do relator da ADI 3510²⁸⁷, Ministro Ayres Britto, pode-se concluir alguns pontos até controversos como o reconhecimento de que a vida advém da fecundação (teoria da Concepção), determinar se as tecnologias de reprodução assistida são legais, a possibilidade de utilização do embrião inviável para pesquisa, já que esta seria melhor que qualquer descarte. Outro ponto seria a diferenciação do embrião concebido e não implantado - concepturo - do que está e irá ser implantado - nascituro (teoria genético desenvolvimentista). Afirma ainda que o legítimo ponto de partida da existência da pessoa é o nascimento (teoria natalista), todavia o Princípio da Dignidade Humana estende seu impacto para apoiar processos humanos vitais, desde a fertilização²⁸⁸.

Quatro anos mais tarde, nova demanda - ADPF 54²⁸⁹ - (STF, 2012) foi julgada na Corte sobre a possibilidade de aborto de feto anencéfalo. No julgado, foi determinada a possibilidade de antecipação do parto e não propriamente um aborto, pois esse seria para cessar uma vida e se entendeu ao longo dos debates que o feto portador da anencefalia não tem vida em potencial, como se vê nessa passagem:

285 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em

<<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.201;

286 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

287 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

288 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em

<<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.201;

289 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 abr. 2012, publicado em 30 abr. 2013.

Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 27 de março de 2021.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura [...]. Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos.²⁹⁰

Ao determinar o feto anencéfalo como natimorto não se discutiu o início da vida, onde restou evidente que o tribunal evitou a discussão pretendida na demanda, persistindo então a incerteza sobre o *status* real e legal do marco vital. Todavia, há corrente na doutrina que interpreta haver a “proteção gradual e progressiva” da vida humana, sistematizando assim uma percepção genético-desenvolvimentista já que sete ministros²⁹¹ concordaram que “só há vida a ser protegida pelo Direito quando presente a atividade cerebral”²⁹².

Consequentemente, quatro anos depois outra decisão merece destaque: o Habeas Corpus nº 124.306²⁹³, onde o relator Ministro Marco Aurélio decidiu revogar a prisão preventiva contra os acusados de ajudar uma mulher a abortar. Argumenta o relator que, conforme entendimento jurisprudencial passado, o feto é um potencial possuidor de direitos não sendo considerado pessoa antes do nascimento. Nesse sentido, enfatiza que conforme é o parâmetro para a morte - legislação sobre transplantes no país Lei n. 9434/97- a vida deveria ser contabilizada a partir da concepção do sistema nervoso o que se dá na 12ª semana de gestação:

O bem jurídico protegido - vida potencial do feto - é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade²⁹⁴

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 abr. 2012, publicado em 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 27 de março de 2021. p.23

²⁹¹ Foram eles: Ministro Relator Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Luiz Fux, Ministra Carmén Lúcia e Ministro Celso de Melo

²⁹² ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULO, Basile Georges Campos. Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Pensar, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021, p.9;

²⁹³ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 nov. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em 05 mar. 2021.

²⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 nov. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em 05 mar. 2021, p.6;

Assim, o aborto antes da formação do sistema nervoso não seria correspondente a uma concepção de morte, já que não haveria vida. Neste sentido, no Habeas Corpus nº 124.306²⁹⁵ admitiu-se ser possível a interrupção da gravidez sem a afronta ao bem jurídico vida, que não estaria constituído até então. Como se percebe o aborto até o terceiro mês de gestação não deveria ser criminalizado. De forma *extra petita*, em seus argumentos o HC veio a discutir o que todos os julgados anteriores se recusaram a dizer - quando se delimita o início da vida no direito brasileiro -, ressaltando-se que a decisão só vale para o caso julgado pois tem eficácia somente *inter partes*, observando-se porém e desde já a inauguração de uma tendência a precedente para a determinação da teoria genético desenvolvimentista como o marco vital elencado para o início da personalidade no país.

Consequentemente, sobre a tutela dos embriões há a proposta legislativa denominada Estatuto do Nascituro, que tramita desde 2007, inicialmente nomeada de Projeto de Lei 478/2007, passou a se chamar Projeto de Lei 434/2021 e, após receber parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher em 24/11/2021, será levada para debate perante o Congresso Nacional. Certamente, provocará intensos debates ao defender a proteção da pessoa humana desde a sua concepção, em garantia absoluta, revogando inclusive algumas exceções ao crime de aborto como o proveniente de estupro e o de feto anencefálico. Nas palavras de Luiz Carlos Goiabeira Rosa, “se feto é vida e a vida é protegida, como é possível que o Código admita [...] que se ‘mate’ um feto normal, nos casos de estupro”? ²⁹⁶

Sobre tal alegação de que o referido projeto de lei cria obrigações ao Estado e à família, concedendo inclusive pagamento pecuniário mensal à mulher que decidir gestar a gravidez proveniente de estupro – pejorativamente alcunhada de “bolsa estupro” pelos contrários ao projeto -, não se pretende ater aqui à viabilidade do presente Estatuto. Todavia, sua pretensão vai de encontro com regulamentações já estatuídas como dos direitos reprodutivos da mulher, compreendendo aqui com ênfase o assunto aborto legal, bem como afetaria o processo de reprodução humana que poderá ser até mesmo impossibilitado em algumas técnicas, já que defende a concepção como marco do início da vida humana e esta como direito absoluto. Assim,

²⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 nov. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em 05 mar. 2021.

²⁹⁶ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. SOARES, Hugo Henry Martins de Assis; ROSA, Fernanda da Silva Vieira; COSTA, Lara Silva Brito. Aborto e direito à vida: (não) recepção do aborto em caso de estupro. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano 6, n. 3, 2020, pp. 1345-1372. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1345_1372.pdf>. Acesso em 10 jan. 2022.

poderia haver a impossibilidade de FIV ou mesmo a delimitação quanto ao número de embriões fecundados.

Resumidamente, os precedentes nacionais já julgados são Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510²⁹⁷, julgada em 2008, na qual a Corte liberou pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADPF 54²⁹⁸, em 2012, que garantiu às gestantes de fetos anencéfalos o direito à interrupção da gestação; e o HC 124.306, em 2016, em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto. Apesar das ações citadas não há ainda uma consolidação jurídica plena sobre o marco inicial vital, vez que os casos apresentados nas ações tiveram posicionamentos tangenciados ao defender que não se trata de vida – embriões inviáveis ou fetos anencéfalos –, e nesse mister somente o HC 124.306²⁹⁹ enfrentou a problemática, embora a decisão tenha sido proferida por um só ministro de forma *extra petita*.

2.3 O Enquadramento Jurídico Do Embrião

Segundo Heloisa Barboza, “o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”³⁰⁰. A autora explica também que, além de se submeter por óbvio à legislação constitucional, o Biodireito tem princípios próprios que permitem a coexistência dos avanços, riscos e benefícios adimplidos, sendo eles três:

- a) o da autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; b) o da beneficência, que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; c) o da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante.³⁰¹

297 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

298 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 abr. 2012, publicado em 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 27 de março de 2021.

299 Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 nov. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em 05 mar. 2021.

300 BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Bioética, Rio de Janeiro-RJ, v. 8, n. 2, 2000, p.212;

301 BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Bioética, Rio de Janeiro-RJ, v. 8, n. 2, 2000, pp. 211;

Com a análise dos princípios citados, é notório que são normas gerais e abertas, por isso mesmo a escolha por princípios para que possam possibilitar o incremento dos avanços tecnológicos: já que uma norma não é feita com prazo de validade, é necessário que no biodireito essas normas sejam dotadas de maleabilidade temporal³⁰². Segundo Peter Singer, os princípios bioéticos buscam o respeito pelas pessoas e sua autonomia, a veracidade dos fatos, o respeito à privacidade e à confidencialidade de informações:

[...] obrigações de não prejudicar os outros, incluindo não matá-los ou tratá-los com crueldade (não maleficência); obrigações de beneficiar os outros (beneficência); obrigações de produzir um saldo líquido de benefícios sobre danos (utilidade); obrigações de distribuir benefícios e danos de forma justa (justiça); obrigações de cumprir promessas e contratos (fidelidade).³⁰³

Além dos princípios apresentados, historicamente existem documentos internacionais que tratam da temática das experimentações científicas relativas à ética humana, onde o primeiro deles foi o Código de Nuremberg³⁰⁴ para julgar as pessoas que protagonizaram experimentações científicas durante a Segunda Guerra Mundial. Referido Código implementou a ideia da dignidade na realização das pesquisas científicas, bem como a necessidade de se observar a disposição voluntária do participante.

Buscando consolidar os princípios éticos como essenciais às pesquisas científicas, em 1964 foi criada na Finlândia a Declaração de Helsinki³⁰⁵, que aborda a realização de pesquisas envolvendo seres humanos. Esta declaração trata da necessidade de cumprimento dos princípios científicos aceitos, bem como da revisão ética e científica e boa qualificação dos pesquisadores. Coloca a necessidade de fornecimento de informações ao sujeito, avaliação dos riscos/benefícios, assegurando aos participantes dos estudos os melhores métodos diagnóstico-terapêuticos existentes após término da pesquisa, além de condenar ainda o uso do placebo quando já existe tratamento eficaz estabelecido.

De modo geral, a maioria das justificativas morais da pesquisa envolvendo seres humanos invoca princípios não consequencialistas como respeito à autonomia e o consentimento informado, a justiça. Nesse diapasão, há chance da pesquisa de produzir

³⁰² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Bioética, Rio de Janeiro-RJ, v. 8, n. 2, 2000;

³⁰³ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A COMPANION TO BIOETHICS. 2009, p. 68

³⁰⁴ ALEMANHA. Código de Nuremberg. Disponível em <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰⁵ Declaração de Helsinki. Disponível em <https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf>. Acesso em 10 de junho e 2022

conhecimento generalizável e seus prováveis benefícios para o sujeito e outros, equilibrados com seus riscos para o sujeito³⁰⁶.

Após, em 1997, foi publicada a Declaração Universal sobre o Genoma Humano com o objetivo de defender a pesquisa do genoma humano e das aplicações resultantes, abrindo perspectivas para o progresso no aprimoramento da saúde das pessoas e da humanidade, enfatizando, no entanto, que a pesquisa deve respeitar plenamente a dignidade humana, a liberdade e os direitos humanos, assim como a proibição de toda forma de discriminação baseada em características genéticas.

Neste mesmo sentido de proteção e regulamentação, em 2005, mais de noventa países se reuniram na sede da Unesco, na França, para estabelecer o texto definitivo da futura Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Esta reunião, no entanto, evidenciou as inúmeras posições divergentes existentes entre países ricos e pobres³⁰⁷, já que a diferença entre lucros e riscos na sociedade moderna acirra as diferenças econômicas entre os países ricos e pobres³⁰⁸. Consequentemente, o atual texto demorou dois anos para ser elaborado e aceito na comunidade internacional.

Os países desenvolvidos defenderam no documento a limitação da bioética aos campos da biomedicina e da biotecnologia. Os Estados Unidos e outros, como Reino Unido, Itália, Alemanha, Holanda, Austrália e até a China, detentores das tecnologias, propuseram um documento “neutro”, incapaz de arranhar eventuais interesses econômicos envolvidos em suas pesquisas ou investimentos na área. O Brasil desempenhou um papel decisivo na extensão do texto aos campos da saúde, social e ambiental, o que dá garantia de mudança e possibilita a alteridade.

No que tange ao cerne deste estudo, sabe-se que a reprodução humana assistida no Brasil não é regulamentada por lei, apesar da Constituição Federal preservar o patrimônio genético, direito positivado em seu artigo 225, parágrafo 1º, incisos II e V, a importância do assunto recai nas consequências que a falta de regulamentação pode causar. O regramento existente sobre o tema provém do Conselho Federal de Medicina, todavia não é uma regulamentação com força coerciva, o que ressalta ainda mais a necessidade do direito defender seu posicionamento, já

³⁰⁶ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A COMPANION TO BIOETHICS. 2009, p. 68

³⁰⁷ BRASIL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em 10 de novembro de 2020.

³⁰⁸ BECK, Ulrich. Sociedade de risco. São Paulo: Editora 34. 2010, p.27

que a cada dia que passa, com os avanços da biotecnologia, é necessário mais domínio de novas técnicas³⁰⁹.

Entrementes, o direito brasileiro possui diretrizes que, se não tratam à perfeição o assunto, traçam caminhos tendentes a uma situação satisfatória e que acompanha o pensamento e posicionamento estrangeiro na conformidade com a adequação aos princípios constitucionais. Para tanto, em um primeiro momento entender a figura jurídica do embrião, sua personalidade, e os conceitos que fundam a temática, para posteriormente vislumbrar a tutela do direito sobre tal.

2.3.1 Da natureza e personalidade do embrião

No âmbito infraconstitucional, no ordenamento pátrio o Código Civil determina em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Este artigo gera inúmeras discussões e inseguranças, conforme já apontava Pontes de Miranda:

Ao problema da salvaguarda dos direitos do nascituro dá-se solução afirmativa (art. 49, 2ª parte: “... a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, isto é, a aquisição e conservação de direitos). Mas a construção tem sido discutida: ou a) se entende que o feto já é pessoa, com a condição de nascer vivo, sem capacidade de exercício e, a fortiori, porque, nascendo, vivo, não a terá; ou b) se entende que há indeterminação do sujeito até que se dê a saída do corpo da mãe; ou c) se exclui qualquer personalidade até o nascimento com vida, operando o art. 49, 2ª parte, como regra jurídica de eficácia retroativa; ou d) se tem o nascituro como dotado de capacidade de direito limitada; ou e) se consideram sem sujeito os direitos que podem vir a ser do nascituro; ou se tem o patrimônio destinado a fim como pessoa jurídica; ou g) se transplanta para a teoria dos sujeitos a noção de expectativa, que diz respeito a relações ou efeitos de relações; ou h) se tem como ainda não constituídos os direitos; ou i) se admite que a certeza sobre o nascimento com vida cria a personalidade antes do nascimento; j) ou se vê apenas eficácia do fato da concepção.³¹⁰

Essa diversidade de entendimentos para defender o marco vital inaugural se dá pelos diversos interesses sobre a temática e sobre as perspectivas, denotando-se assim a dificuldade

309 GOZZO, Débora. Reprodução Humana Assistida E Autonomia Existencial Da Mulher. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, V. I Nº 01, p. 23 a 42, jul-dez, 2017.

310 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, P.62

de se delimitar o início da vida por não haver uma definição e nem uma base racional convergente sobre o tema³¹¹.

Um ponto crucial são as diversas terminologias que se confundem nas conceituações das inúmeras teorias, como nascituro, embrião, pré-embrião, feto³¹². Nesse sentido, existem teorias relacionais em que o embrião seria descrito como um ser humano e outras teorias em que o embrião apareceria como indivíduo pelas características de isolamento e autonomia³¹³, pelo que dentre as diversas teorias as mais relevantes são a natalista, a concepcionista, a condicional, a da nidação e a genético desenvolvimentista.

A teoria natalista é a mais clássica e defende que o surgimento da personalidade ocorre do nascimento com vida, afastando-se qualquer proteção ao nascituro ou ao embrião não implantado³¹⁴. Sistemáticamente, a teoria natalista está totalmente distante das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião e da proteção ampla de direitos da personalidade, conforme observa Flávio Tartuce:

O grande problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade e da dignidade humana, tendência do Direito Civil pós-moderno. Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu.³¹⁵

³¹¹ HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.12

³¹² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021.

³¹³ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 417;

³¹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.194;

³¹⁵ TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica Do Nascituro: Uma Página A Ser Virada No Direito Brasileiro. Questões Controvertidas no novo Código Civil. Volume 6, São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em 02 de outubro de 2021, p.191.

Para a teoria da concepção, a personalidade jurídica viria da crença de que a vida começa com a fecundação, enquanto a consideração jurídica da personalidade começa no momento em que o espermatozoide penetra no óvulo, ou seja, a partir do momento que há fecundação de gametas, dando-se origem ao zigoto³¹⁶. Também é nesse sentido o entendimento de Giselda Hironaka:

[...] o conceito tradicional de nascituro — ser concebido e ainda não nascido — ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção [...].³¹⁷

Tartuce realça tal entendimento, observando que o advento da quarta geração ou dimensão de direitos, aqueles relacionados com a proteção do patrimônio genético da pessoa humana, vieram a fazer com que restassem superadas as teses que negam a personalidade por não conterem a proteção da personalidade. Outro argumento utilizado seriam os direitos fundamentais, constantes da Constituição Federal de 1988 nos seus dispositivos iniciais (arts. 1º a 5º), a qual segundo Tartuce:

[...] protege os direitos do nascituro ao prever, em seu art. 225, a proteção do Bem Ambiental, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Justamente diante da proteção dos direitos das futuras gerações, o que engloba as pessoas concebidas e não nascidas, denota-se hoje a existência de direitos trans geracionais ou intergeracionais, consagradores do princípio da equidade intergeracional.³¹⁸

Pela corrente da personalidade condicional, embora a personalidade somente surja do nascimento com vida, os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção. Nesse pensamento, haveria uma disponibilidade relativa relacionada com direitos subjetivos

³¹⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.193;

³¹⁷ HIRONAKA, Giselda M. F. N.. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. IBDFam, 22 abr. 2007. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/290/novosite>>. Acesso em 20 jan. 2022.

³¹⁸ TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica Do Nascituro: Uma Página A Ser Virada No Direito Brasileiro. Questões Controvertidas no novo Código Civil. Volume 6, São Paulo: Método, 2007. Disponível em:<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

patrimoniais que estariam condicionados ao nascimento com vida, tais quais heranças e doações³¹⁹.

Segundo a corrente verdadeiramente concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção. A personalidade não é condição³²⁰: não fosse o nascituro considerado ser humano desde a concepção³²¹, não haveria ele tantos direitos e o Código Civil não teria garantido o direito à vida desde a concepção. Frisa-se que o direito de personalidade do nascituro não é absoluto e deve-se limitar aos próprios direitos maternos, e de tal forma a concepção deve assumir os riscos naturais e sociais suportados pela mãe: se houver conflito entre a vida e a saúde da mãe e a vida e a saúde do concebido, e se somente a interrupção da gravidez poderá salvar a mãe de danos físicos e ou mentais graves e irreversíveis, o titular do direito concebido deve ceder³²². Dessa forma, na colisão de dois direitos à vida - mãe e filho -, mantêm-se o direito já em exercício e efetivado do que outro ainda em desenvolvimento. Ressalte-se que isso não retira do nascituro o status de titular do direito à vida, uma vez que desde a fecundação a ontogenia humana já existe: a condição de vida humana demanda a titularidade de certos direitos, a exemplo da vida, da dignidade³²³.

A outra teoria que exsurge - teoria da nidação - tem uma raiz mais biológica e defende que, como não há vida fora do útero materno, somente após o zigoto se diferenciar e formar um conglomerado celular único e viável é que se prenderá nas paredes do útero e começará a se desenvolver, havendo enfim uma gestação que poderá propiciar a vida, assim nada existindo antes da nidação. Miriam Leal et al afirmam a respeito:

³¹⁹ LEAL, Mirian Martins; OLIVEIRA, Karina Díaz Leyva de Oliveira, PARENTE, Priscila Batista Corrêa; SILVA, Gleiton Lima Araújo. José Carlos Quinaglia e Silva. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na bioética. Comunicação em Ciências da Saúde, Brasília-DF, v. 29, n. 3, 2018, pp. 191-200. Disponível em <<http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/298/184>>. Acesso em 18 dez. 2021, p.56;

³²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.193;

³²¹ LEAL, Mirian Martins; OLIVEIRA, Karina Díaz Leyva de Oliveira, PARENTE, Priscila Batista Corrêa; SILVA, Gleiton Lima Araújo. José Carlos Quinaglia e Silva. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na bioética. Comunicação em Ciências da Saúde, Brasília-DF, v. 29, n. 3, 2018, pp. 191-200. Disponível em <<http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/298/184>>. Acesso em 18 dez. 2021, p.56;

³²² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.204;

³²³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.196-204;

Diz-se que antes da nidificação inexiste vida humana intrauterina, porque não há um ser individualizado, no máximo um acúmulo celular. A esse prisma se alinha a Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo a qual a gravidez inicia somente com o implante pleno do neoconcebido.³²⁴

Citado por Naara Luna, nesse mesmo sentido aponta Abdelmassih, para quem “o embrião só pode ser considerado vivo quando ele se fixa no útero materno”³²⁵. Citado por Joyceane Menezes³²⁶, Nys argumenta que o ovo fertilizado é chamado de zigoto, o embrião é a entidade em desenvolvimento desde a implantação no útero, após passa a ser chamado de feto, portanto “o nascituro somente exsurge dessa fase, da implantação do embrião no útero materno”. Nesse diapasão, o potencial de vida de um embrião é zerado se for mantido em um ambiente que impeça seu desenvolvimento: há inviabilidade fora do útero³²⁷, e nessa linha a nidação marca o fim do processo de implantação intrauterina, dado que nesta fase já ocorreu o fim da diferenciação embrionária podendo-se estabelecer da condição de pessoa. Nesse sentido, os critérios para o surgimento e composição inicial da célula embrionária pluripotente, capaz de produzir mais de um indivíduo, evidenciam a ênfase no valor da individualidade como parâmetro da condição da pessoa³²⁸.

Silmara Chinellato aponta, a propósito:

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação *in vitro*, realizada em laboratório, há necessidade de implantação do embrião *in anima nobile*, para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação.³²⁹

³²⁴ LEAL, Mirian Martins; OLIVEIRA, Karina Díaz Leyva de Oliveira, PARENTE, Priscila Batista Corrêa; SILVA, Gleiton Lima Araújo. José Carlos Quinaglia e Silva. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na bioética. Comunicação em Ciências da Saúde, Brasília-DF, v. 29, n. 3, 2018, pp. 191-200. Disponível em <<http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/298/184>>. Acesso em 18 dez. 2021, p.193

³²⁵ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 247;

³²⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.195;

³²⁷ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 434;

³²⁸ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 419;

³²⁹ CHINELLATO, Silmara Juny. A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatório. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro-RJ, n. 32, p. 79-129, 2007. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)>. Acesso em 02 out. 2021, p.83;

Outra teoria da personalidade muito difundida (genético-desenvolvimentista), é explicada por Habermas, para quem o embrião seria um “*amontoadado de células*” com potencialidade de ser pessoa e, como tal, dotado de dignidade e portador de direitos fundamentais inalienáveis³³⁰. Baseando em tal premissa e com as bases da biotecnologia existente, Dworkin defende a diferenciação entre a figura de pré-embrião e embrião onde o pré-embrião seria um zigoto não implantado na fase de pós-fertilização até o dia 14º dia fecundado - padrão adotado pela Resolução Nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina -, onde este pré-embrião após a implantação ao útero materno seria então designado embrião.³³¹

Tal teoria defende que os primeiros sinais de formação do córtex central ocorrem entre o décimo quinto e o quadragésimo dia de evolução embrionária. Diante disto, o marco inicial da vida será verificado por volta do terceiro e quarto mês do desenvolvimento embrionário, momento em que o sistema nervoso fetal adquire características mais complexas, evidente pois que o feto não pode ter capacidade racional máxima, assim o nascituro é incapaz de sentir ou pensar³³². Com base em tal teoria é que Ayres Britto diferencia o nascituro do concepturo (embrião não implantado) ao apontar que enquanto existem dois momentos para a formação do nascituro - a fecundação e a gravidez -, na fertilização *in vitro* só existe o primeiro momento, “situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino”.³³³

Habermas defende ainda que o feto ou embrião, mesmo que já no útero, não é considerado indivíduo ainda, pois, segundo o autor, há uma distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida - o que inclusive se verifica com os mortos, que não têm vida e mesmo assim são sepultados respeitosamente³³⁴. Consoante, Tartuce argumenta que o ordenamento pátrio reconhece direitos aos nascituros e natimortos, direitos esses que são essencialmente direitos da personalidade, a ponto de o Enunciado n. 1 do Conselho da Justiça

330 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.44;

331 DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.123;

332 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, v. 240, pp. 43-82, 2005, p.62

333 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

334 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.51;

Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil reconhece a proteção quanto como nome, imagem e sepultura.³³⁵

Nesse mesmo sentido, Naara Luna observa que:

Um pré-embrião não é um ser humano, porque se fosse, nós teríamos que lamentar toda vez que nós transferíssemos embriões e essa paciente não engravidasse. Teríamos que fazer enterro simbólico dos pré-embriões formados em laboratório.³³⁶

Quanto ao enterro de embriões e fetos abortados, há recente decisão Italiana sobre o sepultamento como um último ato de respeito³³⁷. Peter Singer criticaria tal decisão, visto defender que embrião não detém nem mesmo a senciência como os animais detêm: para o aludido autor, trata-se de um estado rudimentar onde não há sentidos, dor ou pensamentos. Porém, por serem células humanas vivas, podem ser mortos, como qualquer ser vivo pode ser morto, mas durante o primeiro trimestre de gestação, eles não são sencientes porque os centros corticais, subcorticais e periféricos são necessários pois a consciência³³⁸. De tal forma, “eles não podem sofrer dor, infelicidade ou perda de qualquer coisa que eles gostem, desejem ou valorizem”³³⁹. Desta forma, o direito de vida do embrião não seria comparável com o dos fetos, ou dos mais velhos seres humanos³⁴⁰.

Sobre o assunto, Dworkin estabelece duas perspectivas para se analisar a natureza do embrião: a primeira se refere ao embrião como sujeito de direitos, e a segunda diz respeito ao embrião como valor intrínseco. Na primeira opção, o autor chega à conclusão de que não seria possível instituir um embrião, uma potencialidade, como sujeito de direitos, prevalecendo assim a segunda perspectiva de análise onde o embrião já em desenvolvimento no útero tem valor intrínseco igual ao da mulher.³⁴¹

Habermas conclui que não existe a possibilidade, diante do pluralismo ideológico, de se atribuir ao embrião a mesma proteção à vida das pessoas já nascidas, todavia, também não se

³³⁵ TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica Do Nascituro: Uma Página A Ser Virada No Direito Brasileiro. Questões Controvertidas no novo Código Civil. Volume 6, São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em 02 de outubro de 2021, p.156;

³³⁶ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, p.422;

³³⁷ REVISTA VEJA. Região de Nápoles sepultará fetos com menos de 20 semanas. Redação postada em 24 mar 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/regiao-de-napoles-sepultara-fetos-com-menos-de-20-semanas/>. Acesso em 04 de setembro de 2022.

³³⁸ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, pp. 167-166

³³⁹ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 161

³⁴⁰ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 161

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp 1.63;

pode dispor da vida pré-pessoal como se fosse apenas um bem³⁴². Joyceane Menezes fundamenta a respeito que, apesar da polêmica em torno do *status* e das nomenclaturas, “o concebido é um ser particularmente tutelado pelo direito pátrio”³⁴³.

Nesse sentido, há de se reconhecer que no ordenamento pátrio alguns artigos fazem menção à titularidade de direito prévia ao nascimento tal como o art. 1.609 do Código Civil, que preconiza o reconhecimento do filho antes do nascimento; o art. 542, que dispõe sobre a validade da doação feita ao nascituro quando aceita pelo representante legal; o art. 1.799, I, onde se observa a capacidade para adquirir por testamento; o art. 1.779, que trata da curatela do nascituro; e ainda, conforme Joyceane Menezes:

A tutela penal defende a vida intrauterina, proibindo o aborto. A tutela civil prevê direitos patrimoniais na medida em que resguarda o direito sucessório do nascituro (art.1798) e admite até a sua instituição como herdeiro testamentário. Admite-se a perfilhação do concebido por fecundação heteróloga. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tratamento especial a gestante (art.7º.), como forma de assegurar o pleno desenvolvimento do embrião/feto. A lei de biossegurança (Lei no.11.105/2005) regula restritivamente as experiências em embriões, permitindo apenas o uso dos excedentários congelados há mais de três anos. No âmbito do direito processual, a genitora tem legitimidade ativa para defesa de direitos do nascituro (art.877).³⁴⁴

Daniel Sarmento defende que o ordenamento jurídico brasileiro tutela de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano:

a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina. O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal. Aliás, a ideia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto - 1 a 3 anos de detenção -, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão.³⁴⁵

³⁴² HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.66-67;

³⁴³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.196;

³⁴⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021, p.203;

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, v. 240, pp. 43-82, 2005, p.70

Como fundamenta Naara Luna³⁴⁶, a individualidade do embrião não é instantânea: por ser o embrião humano imperceptível a olho nu, é irreconhecível por si só, devendo haver algum grau de parentesco e afeto já que a própria necessidade de estar no útero materno de *per si* é um meio para o fim - o desenvolvimento. Não se deve coisificá-lo por mais complexo que seja reconhecer sua personalidade e direitos subjetivos próprios, e nesse sentido é que Daniel Sarmiento salienta que embora viva no corpo da mãe, é evidente que não se confunde com os órgãos internos da mãe: o embrião tem uma identidade própria, detém um genoma único, sendo assim vida humana autêntica: “o embrião pertence à espécie *homo sapiens*, sendo, portanto, humano”.³⁴⁷

Apesar da indefinição jurídica, há situações mais exitosas ao se analisar a factibilidade dos procedimentos de FIV e outras técnicas que acontecem no país e movimentam o mercado da infertilidade. A vagueza jurídica sobre as técnicas de reprodução humana focalizou as atenções e ações na regulamentação do Conselho Federal de Medicina, em que há diversas resoluções que tentam se atualizar conforme o mercado valendo destacar a última resolução proferida que detém pontos importantes: a Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021³⁴⁸.

Tal Resolução delimita a aplicação de normas éticas para o uso de técnicas de reprodução assistida. Como a própria Resolução especifica, há o fim de defender o aprimoramento das práticas e respeitar sempre os princípios da bioética e ética para contribuir com a segurança e eficácia dos procedimentos médicos. Qualquer indivíduo pode realizar as técnicas de reprodução assistida (RA) já que elas auxiliam no processo de procriação tanto heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.³⁴⁹

Há possibilidade de doação ou preservação de gametas, embriões ou tecidos germinativos - placenta, cordão umbilical -, mas, em hipótese alguma a doação poderá ter caráter lucrativo³⁵⁰. Constata-se que a motivação para se congelar gametas seria para futura

³⁴⁶ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, p.432

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, v. 240, pp. 43-82, 2005, p.67

³⁴⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

³⁴⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

³⁵⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em

viabilidade tanto para casos de prevenção, dado as dificuldades de gestação tardia, ou pela infertilidade que determinado tratamento médico causará. Já os tecidos germinativos podem ser utilizados em tratamentos médicos para a retirada de células tronco. Fato importante a ser mencionado é que os embriões são preteridos para a criopreservação se já houver um relacionamento estável, vez que as chances de sucesso no processo de descongelamento são maiores³⁵¹.

A resolução aponta que as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do paciente ou do possível descendente, sendo delimitada a faixa etária de 50 anos para gestação por técnicas de RA³⁵². Há limitação etária sobre o número de embriões que podem ser implantados: mulheres com até trinta e sete anos podem implantar até 2 (dois) embriões em um único procedimento, acima desta idade o máximo de 3 (três) embriões. Caso ocorra gestação gemelar é proibida a redução embrionária³⁵³.

Sobre a doação, salienta-se que o limite de idade visa a maior viabilidade, na mulher seria de 37 (trinta e sete) anos e 45 (quarenta e cinco) anos para o homem. Na doação, deve-se buscar escolher o doador com maior fenótipo semelhante ao receptor, ainda é crucial e permanente o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, a exceção somente em caso de necessidade médica e sendo apresentada ao corpo clínico. A resolução do CFM delimita ainda a permissão a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico³⁵⁴.

Sobre os embriões, o CFM determinou que o número total de embriões gerados em laboratório não deve exceder a oito e o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro*

<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

351 FERTILITY MEDICAL GROUP. O Sucesso Das Gestações Quando Há Congelamento De Óvulos E Embriões. 2017. Disponível em: <<https://fertility.com.br/noticias/congelamento-de-ovulos-e-embrioes-gestacao/>>. Acesso em 22 jan. 2022.

352 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

353 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

354 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

será de até 14 (quatorze) dias³⁵⁵. Dentro dos limites já citados, é o paciente que decide o número de embriões que deverão ser transferidos ao útero. Os excedentários serão criopreservados após termo de ciência por escrito, com validade e sem vício de vontade. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, os abandonados após três anos, frisa-se que esses somente serão descartados após autorização judicial. A resolução determina ainda que o futuro do embrião excedentário deve ser apontado pelo casal antes de sua criopreservação em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los³⁵⁶.

³⁵⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

³⁵⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

3 A TUTELA DO EMBRIÃO NA SEPARAÇÃO DOS CÔNJUGES

O descarte e o abandono de embriões excedentes nas clínicas de fertilização *in vitro* violam o dever de proteger as crianças, inclusive aquelas que ainda não nasceram, podendo ser consideradas nesta visão até mais vulneráveis e carentes de cuidados³⁵⁷. Nesse sentido:

Se os pais não estão dispostos a cumprir com o dever legal que possuem em relação aos filhos nascidos ou por nascer, deveriam ser proibidos de utilizarem das técnicas de reprodução humana assistida ou pelo menos deveriam produzir apenas o número de embriões que serão implantados, com isso, evitariam a prática do abandono de embriões, como se fossem filhos do nada. Em Nova York criou-se uma “taxa de estocagem para evitar o abandono de embriões”, estima-se que exista próximo de 100 mil embriões “abandonados” nos Estados Unidos da América. A produção irresponsável de embriões e consequentemente o abandono daqueles que não serão implantados configura dano moral. Aqueles que não foram utilizados normalmente estão condenados ao congelamento, à destruição ou ao descarte.³⁵⁸

Carlos Moraes questiona se a tutela dos embriões seria mesmo dos pais, já que - de acordo com a teoria concepcionista à qual defende -, a vida, a saúde e a integridade física não podem ser dadas à tutela de ninguém, sendo o embrião dono de si. Nessa perspectiva, os direitos do embrião humano não dependem do indivíduo nem do Estado: pertencem à natureza humana e são inerentes ao ser humano, pela ação criadora da qual o homem extrai seu poder³⁵⁹. Dessa forma, a manifestação de vontade dos genitores sobre a destinação do embrião, conforme determina a Resolução CFM nº 2.294, seria eivada de vício.

Ainda segundo Eduardo de Oliveira Leite:

O ovo humano, fecundado ou não, não pertence a ninguém, e também não é propriedade de seus pais; o indivíduo tem o poder de utilizar suas faculdades procriadoras, conforme a natureza lhe permite; é uma liberalidade fundamental do ser humano, de dar ou de não dar a vida. Se os gametas são, no plano jurídico, forças genéticas do indivíduo, eles não podem ser objeto nem de uma doação, nem de uma venda; e eles escapam da vontade individual.³⁶⁰

Desta forma, segundo a visão de Carlos Moraes, como titular de direitos o embrião deve ser protegido contra qualquer ato que atentar contra a sua vida e sua integridade física,

³⁵⁷ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 160-161

³⁵⁸ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 160-161

³⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 146.

³⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, pp. 139-140.

começando na concepção e, esteja implantado ou não, trata-se de um estágio inicial da pessoa humana.³⁶¹ Ademais, a dignidade humana é um elemento essencial do desenvolvimento global da personalidade³⁶², é a qualidade que identifica uma pessoa porque é inerente a ela, por isso detém a liberdade de autogovernar-se, desvencilha-se daí o conceito de autodeterminação do ser. A autodeterminação é conceito que desprende-se da dignidade e está constituída no direito de escolha.

Insta observar que a Constituição Federal de 1988 incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) como valor supremo, definindo-o como fundamento da República. Segundo Jorge Novais, a expressão “dignidade da pessoa humana” é ampla e dentro de seu conceito há três perspectivas: o viés da dignidade atrelado aos direitos fundamentais, contra ou a favor destes; há também dignidade como fundamento dos direitos fundamentais; e ainda a dignidade como fundamento da restrição de direitos fundamentais.³⁶³

Nessa linha, Ingo Sarlet pontua:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁶⁴

Este conceito no viés civilista abrange a autonomia privada de pactuar contratos já que a constitucionalização do direito civil a aplicação imediata dos direitos e garantias constitucionais nas relações pessoais, amplifica a auto legislação³⁶⁵. Nesse sentido, o embrião deteria a autodeterminação de si, todavia pela impossibilidade fática de tal, não sendo possível

³⁶¹ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 158.

³⁶² MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 39.

³⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018, p.15

³⁶⁴ SARLET, I.W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.60

³⁶⁵ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 3.

a escolha, assim a autonomia do mesmo na relação contratual é determinada pelos genitores, o chamado de autonomia do vulnerável onde os pais escolhem no melhor interesse do menor.

De modo adverso, Silmara Chinellato defende que o pré-embrião se difere do embrião uma vez que está no útero materno, tendo dessa forma o mesmo tratamento que o nascituro a partir do momento em que estiver implantado³⁶⁶; terá os mesmos direitos atentos a sua dignidade humana a partir do momento em que a individualidade do nascituro “mostra-se no conceito de viabilidade, sua capacidade de nascer vivo com existência independente da mãe”³⁶⁷. Frisa-se que, na ausência de lei, ainda assim a vida humana “em seu mistério infinito merece respeito e não só entre os sujeitos de direito, mas também de uma *spes hominis*”³⁶⁸.

Sobre as posições e antagonismos das teorias, há dois pontos cruciais: se o embrião não é humano (natalista), então tudo é permitido e não há necessidade de a lei mencionar seu *status*, sendo ilógico declarar que ele não é isso ou aquilo. Contrariamente, o embrião é um ser humano (concepcionista), sujeito de direito, não sendo suscetível de comércio e destruição humana³⁶⁹.

É claro que não se nega a proteção do pré-embrião, como também do patrimônio genético humano que ele carrega e dos direitos já elencados pelo ordenamento: prioriza-se a terceira via. Como explicitado anteriormente no trabalho, entende-se que o ordenamento pátrio caminha para a teoria genético-desenvolvimentista, onde se protege o pré-embrião, mas não de forma plena:

[...] as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (‘in vitro’ apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.³⁷⁰

³⁶⁶ CHINELLATO, Silmara Juny. Direitos da personalidade do nascituro. In: *Revistado Advogado*, 1992.

³⁶⁷ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. *MANA* 13(2): 411-440, 2007, pp. 417-418;

³⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 141.

³⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 133.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022

Resumidamente, não se nega a sua capacidade do embrião de se tornar “humano” ao vislumbrar no embrião um estado específico e mutável que lhe é apropriado, dotado desde o primeiro momento de sua existência³⁷¹. Nesta perspectiva, centrando-se nas responsabilidades parentais, não se deve falar de “direitos embrionários”, mas sim de “direitos específicos”, adaptados ao estado de situação do embrião³⁷², tal qual se dá por exemplo na possibilidade de restituição pelos danos causados a terceiros, abrangendo inclusive o direito de família e suas relações já que há responsabilidade civil dos genitores³⁷³. Citam-se a esse respeito os exemplos de direito de restituição pelos danos sofridos pelo nascimento com deficiência resultante da falta de informação médica, negligência ou por erro médico, por meio das *Wrongful Birth* e *Wrongful life*³⁷⁴.

Sobre o tema, o diagnóstico pré-implantatório (verificação dos genes do embrião) tem sido utilizado para que determinados embriões não sejam implantados no útero materno, que é chamado por Diniz e Guilhem de aborto seletivo³⁷⁵. O diagnóstico pré-implantatório seria ainda utilizado para excluir doenças hereditárias, o que seria uma intervenção na natureza e uma possibilidade de eugenia progressiva ao se editar os genes para a seleção da pretensão parental. Sabe-se que não há nenhuma garantia que uma criança nasça saudável, apesar dos testes genéticos, da seleção de embriões ou mesmo da utilização de técnicas de terapia gênica. A pretensão inicial das técnicas citadas não seria o aperfeiçoamento humano, mas sim a inevitabilidade de um sofrimento.

Nos Estados Unidos, o direito de rescindir ou refutar a gravidez devido à informação genética tem sido amplamente aceito já que ao não informar aos pais o *status* genético do embrião – uma omissão, portanto -, fere o direito de escolha do casal, ou seja, a autonomia de decidir sobre a continuação ou não da gestação³⁷⁶. Os que discordam desse processo temem que

³⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 128.

³⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 131.

³⁷³ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 151

³⁷⁴ ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.120

³⁷⁵ ³⁷⁵ DINIZ, Debora Diniz; GUILHEM, Dirce. Feminismo: um movimento de vanguarda na bioética. O que é bioética? Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 9

³⁷⁶ ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.120-122 e p. 407

esse diagnóstico acirre a norma social de saúde, com a exclusão progressiva dos deficientes e doentes crônicos da sociedade^{377 378}.

Tal posicionamento abriria o caminho para o que Habermas denominou de eugenia liberal, proporcionada pela seleção de genes, onde nas sociedades liberais seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais. Assim, dentro do contexto do liberalismo político, as eugenias positivas para melhoramento dos genes não deveriam ser normatizadas, uma vez que o patrimônio genético ficaria a critério da escolha dos pais com a ressalva de que a liberdade eugênica dos pais não poderia colidir com a liberdade ética dos filhos.³⁷⁹

No caso do embrião, a restituição seria de cunho patrimonial, com indenização civil pelos danos sofridos ainda que criados em laboratório ou no ventre materno, por acidente, erro, agente teratogênico ou qualquer outro fato resultante por negligência, descuido ou fraude tanto dos genitores quando dos manipuladores – médicos e corpo clínico - ³⁸⁰. Questiona-se assim se o embrião, o nascituro ou o filho nascido poderiam propor ação reparatória contra os genitores por dano pré-concepcional ou pelos danos que sofreu durante a vida intrauterina ³⁸¹. Por ser uma reparação patrimonial, quem receberia a condenação? Os próprios genitores que causaram os danos?

Vê-se aqui a dificuldade lógica de aplicar a teoria da concepção frente à realidade biojurídica atual, posta em uma visão mais utilitarista a ascensão dos direitos conforme a ascensão do desenvolvimento regula o momento da personalidade com a implantação no útero e o desenvolvimento do sistema nervoso e a dor que é condição humana. Deveras, não se pretende a coisificação e a banalidade que por vezes pode ocorrer ao não empregar o uso correto e cuidadoso: cita-se “um casal que, não desejando filhos após ter trigêmeos, recebeu o tubo com

³⁷⁷ ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In *Bioética e responsabilidade*. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.124

³⁷⁸ DINIZ, Debora Diniz; GUILHEM, Dirce. *Feminismo: um movimento de vanguarda na bioética*. O que é bioética? Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2002. P.09.

³⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.67-69;

³⁸⁰ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida* / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 150

³⁸¹ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida* / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 151.

seus embriões congelados de volta. O marido guardou-os na porta do carro para dar sorte”³⁸². Trata-se de embriões viáveis e potenciais em si para a formação completa.

No que tange ao cerne deste trabalho, a produção *extra* de embriões com o fim de resguardar o corpo feminino dos dificultosos ciclos hormonais, bem como para ampliar as possibilidades do casal quanto à efetivação da filiação, mesmo autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, gera impalatáveis questionamentos. Desta maneira, as regulações da reprodução humana devem ser limitadas aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, já que independente do *status*, o pré-embrião é ontologicamente humano³⁸³. Devendo prezar de forma equânime pela regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida, pela primazia dos procedimentos que interfiram menos na natureza humana, e busquem evitar a produção em excesso de materiais biológicos já que a produção excedente e as condutas descomedidas dos genitores inquietam³⁸⁴.

3.1 Dos Embriões

Segundo a REDLARA (Rede Latinoamericana De Reprodução Assistida)³⁸⁵, no “ano de 1990 eram 21 centros de reprodução humana, e no ano de 2009 esse número passou para 139, distribuídos em 11 países”³⁸⁶. Atualmente, celebra 30 anos de relatórios voluntários de um total de quase 200 centros em 15 países³⁸⁷. O Brasil obteve um crescimento nos procedimentos de reprodução assistida (RA) em torno de 13% no ano de 2019 em comparação com o ano anterior, ao total foram congelados 100.380 embriões³⁸⁸.

³⁸² LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 425;

³⁸³ ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.124

³⁸⁴ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 160.

³⁸⁵ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA - REDLARA. Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida de 1999: 10 años. Disponível

em<<https://redlara.com/registro.asp?MYPK3=Publica%E7%F5es%20adicionais>>. Acesso em 31 de jan. 2022

³⁸⁶ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.68.

³⁸⁷ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA - REDLARA. Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida de 1999: 10 años. Disponível

em<<https://redlara.com/registro.asp?MYPK3=Publica%E7%F5es%20adicionais>>. Acesso em 31 de jan. 2022

³⁸⁸ ANVISA. 13º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em:

<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTUVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAxYTQ4NTkxYjF>

Sabe-se que desses 100.380 embriões congelados, não haverá o nascimento de 100.380 crianças. Muitos são os motivos, desde a inviabilidade do embrião, perda gestacional, e até mesmo o abandono dos embriões criopreservados. Como aponta Carlos Moraes, o abandono se dá por inúmeras razões, dentre elas cita-se a morte de um ou genitor ou de ambos, a alteração do planejamento familiar com o nascimento de filho ou adoção, o cancelamento do desejo filial, entre outros. Por óbvio, mesmo que abandonados os embriões excedentários, receberão o tratamento coerente ao serem manuseados dentro dos conceitos éticos de armazenamento e conduta elaborados pela Anvisa e pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina.³⁸⁹

Segundo aponta a Resolução CFM nº 2.294/2021, cabe às clínicas de fertilização o controle de doenças infecciosas, coleta, processamento, armazenamento, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano dos pacientes ao se utilizar das técnicas de RA. As clínicas devem ainda manter um registro permanente tanto dos exames laboratoriais aos quais um paciente é submetido e cujo objetivo principal é prevenir a transmissão da doença, quanto dos procedimentos de fertilização e seus desfechos.³⁹⁰

Outra Resolução importante é a da Diretoria Colegiada (RDC)/Anvisa nº 339/2020, que instituiu finalmente um sistema de controle nacional, retirando a restrição dos dados dos procedimentos de fertilização do âmbito particular e possibilitando um maior controle sobre a técnica de reprodução humana assistida. O Sistema Nacional de Biovigilância, controla os dados nacionais ao estabelecer procedimentos de vigilância dos eventos adversos (EA) atribuídos ao uso de células, tecidos e órgãos para os profissionais e estabelecimentos de saúde que atuam em Reprodução Humana Assistida (RHA)³⁹¹.

O Sistema Nacional de Biovigilância, primeiro marco regulatório relacionado ao tema na América Latina³⁹², objetiva coletar e fornecer informações sobre riscos e eventos adversos (EA) ou inesperados a fim de prevenir sua ocorrência ou recorrência, melhorar a qualidade dos

kliwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

³⁸⁹ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 168.

³⁹⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

³⁹¹ SILVA, Lara Alonso da. Biovigilância em RHA - Demandas Porvir. PRONÚCLEO: Associação Brasileira E Embriologistas Em Medicina Reprodutiva. Vol 1. abril 2020. Disponível em <<http://pronucleo.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em 30 de jan 2022

³⁹² SILVA, Lara Alonso da. Biovigilância em RHA - Demandas Porvir. PRONÚCLEO: Associação Brasileira E Embriologistas Em Medicina Reprodutiva. Vol 1. abril 2020. Disponível em <<http://pronucleo.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em 30 de jan 2022

processos e produtos, e aumentar a segurança do doador e do paciente. Ademais, os eventos adversos (EA) deverão ser remetidos à Anvisa por notificação compulsória em até 24 horas para EA graves - desde a coleta de gametas até sua transferência, que interfira na qualidade do embrião - ou óbito dos embriões implantados (Art. 13 da RDC nº 339/2020)³⁹³, já para “EA moderados e leves, até o 15º dia útil do mês subsequente à identificação do evento”³⁹⁴.

Mas, assim como a sociedade e as relações modificam-se com o passar do tempo e o amadurecimento em nível individual e coletivo, vale ressaltar a evolução do entendimento médico sobre a utilização dos embriões excedentários. Como bem aponta Débora Allebrandt, “de 1990 até 2010, as orientações [...] não previam o descarte de nenhum embrião. Na resolução de 2010 se fala no congelamento dos embriões viáveis, e somente em 2013 abre-se precedente para que embriões congelados há mais de cinco anos sejam descartados”³⁹⁵. Sobre as primeiras resoluções que possibilitaram o descarte dos embriões excedentes atribuindo ao casal a escolha quanto ao destino, Eduardo Leite argumenta estranheza ao num primeiro momento proibir-se o descarte para posteriormente designar a destruição do saldo remanescente com o consentimento dos doadores biológicos do embrião:

Se a equipe considera necessário ouvir a opinião dos pais, esta é uma excelente regra ética que só os honra, mas, tudo indica, que não lhes deve ser imposta. Mesmo porque pareceria estranho, se não cruel, colocar a mãe (ou casal) face à alternativa de destruição, ou da doação, de uma criança já existente e biologicamente do casal. Além disso, pareceria sempre paradoxal considerar que o interesse maior da criança conduzisse a suprimir a existência da mesma.³⁹⁶

Atualmente, as clínicas de fertilização estão autorizadas à retirada tanto de tecidos como gametas e à produção de embriões, estes últimos se limitando à fecundação de no máximo oito, ainda que a parte queira mais. Caso nenhum deles obtenha êxito no projeto parental, deverá iniciar novamente com o processo de fertilização para a obtenção de novos gametas que produzirão novos embriões. A Regulamentação CFM Nº 2.294 também determina o consentimento sobre o número de embriões implantados “a fresco” e que o excedente deverá

³⁹³ ANVISA. RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA - RDC Nº 339, DE 20 DE FEVEREIRO DE 2020. Dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Biovigilância. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/biovigilancia>>. Acesso em 30 de jan 2022

³⁹⁴ SILVA, Lara Alonso da. Biovigilância em RHA - Demandas Porvir. PRONÚCLEO: Associação Brasileira E Embriologistas Em Medicina Reprodutiva. Vol 1. abril 2020. Disponível em <<http://pronucleo.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em 30 de jan 2022, s.p.

³⁹⁵ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018 P.120

³⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 140.

ser criopreservado, determinando ao casal a destinação destes embriões antes mesmo de seu congelamento – se serão doados ou descartados - em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos.

Informa-se ainda que o prazo do descarte deve ocorrer após três anos a contar da data do procedimento de criopreservação, mas este deverá ser determinado por autorização judicial, seja para confirmar a vontade dos genitores biológicos, seja para sanar o consentimento daqueles embriões que foram “abandonados” - “aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica”³⁹⁷. Todavia, ressalta-se aqui a grande problemática admitida pela Regulamentação que informa “os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa”. Como então diferenciar esses embriões?

3.1.1 Embriões Excedentários Doados

A doação de embriões é rara no país, apesar de ser possível desde a Resolução do CFM datada de 1992. Todavia, o processo de potencial doação de embriões somente ganhou força com a legislação de biossegurança quase treze anos mais tarde³⁹⁸. Para Carlos Moraes³⁹⁹, a doação de embriões excedentários deve ser privilegiada, vez que se trata de um ato generoso e solidário com outros casais que têm dificuldades na viabilidade de seus gametas, ou mesmo para genitores solos ou homossexuais que não têm o conjunto ovulo/esperma.

Ademais, “a estimulação ovariana não é o principal problema que encontram para produzir bons embriões, e nem sempre a produção de um ‘bom número’ de óvulos significa a produção de muitos embriões”⁴⁰⁰. Segundo o SisEmbrio, em 2019 foram capturados 421.263 (quatrocentos e vinte e um mil, duzentos e sessenta e três) oócitos, estes 25.949 (vinte e cinco

³⁹⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

³⁹⁸ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018, P.134

³⁹⁹ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 108.

⁴⁰⁰ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018, P.118.

mil, novecentos e quarenta e nove) embriões foram implantados *in utero* – contabilizando-se os frescos e os congelados.⁴⁰¹

Destarte, com o alto custo dos procedimentos de fertilização e a dificuldade na obtenção de bons materiais, a adoção se torna ainda mais atrativa. Entre as iniciativas para a adoção há o argumento dos “pró-vida”, que buscam proporcionar um “destino melhor” para o embrião. Sobre a doação de gametas e embriões a Regulamentação do Conselho Federal de Medicina aponta que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, assim a doação limitar-se-á pela idade do doador de gametas - de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem. Também deverá ser obrigatoriamente sigilosa quanto às informações de doadores e receptores, tendo como exceção a doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores. Com o fim de deter a consanguinidade e parentalidade de indivíduos em uma região, a resolução também estabelece que:

5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente. 6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de dois nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.⁴⁰²

Consoante tais regramentos, aponta-se aqui o procedimento recorrente nas clínicas de fertilização para redução de custos do tratamento e para obtenção de gametas ou embriões: a doação compartilhada⁴⁰³. Neste procedimento, a mulher interessada em ter filhos, mas que não tem todos os recursos para pagar a técnica pode doar alguns de seus óvulos para outro casal que também está tendo dificuldades de concepção. Em contrapartida, estes pagam parte do tratamento da doadora, vez que a reciprocidade da conduta aumenta as chances de filiação de ambos os casais. Todo o procedimento é sigiloso e um casal não conhece o outro.

⁴⁰¹ ANVISA. 13º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNlYy00MjQ3LTg3Y2ItYT AxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

⁴⁰² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

⁴⁰³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

Recentemente, houve um caso que se comportou de forma distinta ao identificar a doadora de óvulos e a receptora, fato que vai de encontro com as regulamentações do CFM e o sigilo de doadores de gametas e embriões⁴⁰⁴. Ao judicializar a demanda, foi admitido pela juíza do caso Rosana Ferri, da 2ª Vara Cível Federal de São Paulo⁴⁰⁵, afrouxar as resoluções do CFM já que nenhuma lei trata da doação de gametas e do sigilo de forma plena. No caso em conteúdo, a mulher solicitante passou pelo procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados por sua irmã.

A juíza argumentou que no caso não haveria disputa pela maternidade, já que a criança estará no mesmo seio familiar, haveria maior recepção do embrião por serem geneticamente mais parecidas. Ademais, a doação não é amplamente difundida no país, eis que “a dificuldade de aceitar a doação de embriões evocava relações de parentesco e partilha de substância que dificultavam a sua circulação”⁴⁰⁶. Não obstante, segundo a Resolução CFM Nº 2.294/2021 a doação compartilhada é autorizada no capítulo IV - Doação De Gametas Ou Embriões nos seguintes artigos:

8. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. 9. A escolha das doadoras de oócitos, nos casos de doação compartilhada, é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá selecionar a doadora que tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora, com a anuência desta. 10. A responsabilidade pela seleção dos doadores é exclusiva dos usuários quando da utilização de banco de gametas ou embriões. 11. Na eventualidade de embriões formados de doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade.⁴⁰⁷

No caso apresentado, além das relações de consanguinidade e afetividade entre doadora e receptora, houve dificuldade da solicitante conseguir óvulos para doação, fato que ilustra a realidade do país. Como apontado na notícia, a “doação de óvulos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (USP) foi suspensa em virtude da ausência de

⁴⁰⁴ VALENTE, Fernanda. Juíza afasta regra e autoriza fertilização de mulher com óvulos doados pela irmã. Revista Consultor Jurídico, 16 de junho de 2018. Ver notícia em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/juiza-autoriza-fertilizacao-mulher-ovulos-doados-irma>>. Acesso em 04 de outubro de 2022.

⁴⁰⁵ Processo principal 5003638-37.2018.4.03.6100

⁴⁰⁶ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018, P.119.

⁴⁰⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

doadoras e da evolução das técnicas de congelamento e armazenamento de óvulos”⁴⁰⁸. Desta forma, apesar da apelação interposta, a decisão se manteve ⁴⁰⁹, inclusive com a proibição de medida ético-disciplinar contra os profissionais envolvidos na intervenção.

Apesar de apontar a solidariedade da doação, Carlos Moraes questiona a coisificação do embrião e a instrumentalização dos fluidos biológicos (gametas). ⁴¹⁰ Sobre isto, Ost argumenta que apenas o organismo vivo e completo é indisponível frente o comércio, as patentes e o lucro. Mas o comércio do biológico se ampliou, de tal modo não se deve negar a participação no lucro aos pacientes que beneficiam outros⁴¹¹. A margem desse argumento pode ser exemplificada com o aluguel do útero.

Se a comercialização aponta até o corpo vivo completo, os elementos separáveis do corpo - cita-se fluidos, órgãos e células - assim como embriões, fetos e cadáveres, hoje não são mais protegidos pelo princípio da indisponibilidade.⁴¹² Nas palavras do autor, “o único limite consiste em assegurar o consentimento da pessoa, da qual estas ‘peças destacadas’ são retiradas, bem como o consentimento dos autores, no caso dos embriões e fetos”.⁴¹³

Todavia, as taxas de doação no país são ínfimas. Segundo o SisEmbrio, em 2019 foram congelados 100.380 (cem mil trezentos e oitenta) embriões e para pesquisa científica foram doados 22 (vinte e dois)⁴¹⁴; do período de 2008 – quando o relatório começou - até 2019 – última pesquisa realizada -, foram doados 1.403 (mil, quatrocentos e três) embriões, todos com termo de livre consentimento, criopreservados há mais de três anos e inviáveis para implantação⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ Justiça autoriza fertilização in vitro com óvulos doados pela irmã. Revista Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2016. Notícia disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jan-02/justica-autoriza-fertilizacao-in-vitro-ovulos-doados-irma>>. Acesso em 04 de outubro de 2022.

⁴⁰⁹ Apelação Cível 0007052-98.2013.4.03.6102/SP

⁴¹⁰ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 108-109.

⁴¹¹ OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.89

⁴¹² OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.87.

⁴¹³ OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.87;

⁴¹⁴ ANVISA. 12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

⁴¹⁵ ANVISA. 12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

A pesquisa científica com células tronco embrionárias – células do embrião criopreservado excedente – foi o objeto da ADI 3510⁴¹⁶ ao determinar que o estudo deve ser realizado preferencialmente com embriões inviáveis, esquivando-se de debater o início da vida sendo um falso problema na constitucionalidade da lei de Biossegurança. Nas palavras de Débora Diniz e Daniel Avelino:

[...] foi já uma concessão argumentativa à metafísica do início da vida durante a negociação legislativa. Não há como imputar ameaça ao princípio do direito à vida perante um embrião congelado inviável de uma clínica de reprodução assistida. Mesmo que as mulheres sejam forçadas a transferir para o útero os embriões congelados inviáveis, nenhum deles se transformará em um feto.⁴¹⁷

O Relatório SisEmbrio informou que em 2019 foram descartados com problemas de desenvolvimento 83.236 (oitenta e três mil, duzentos e trinta e seis) embriões inviáveis⁴¹⁸. Sobre os embriões inviáveis, os genitores que contrataram os serviços da clínica de fertilização são obrigados a acreditar nas informações prestadas pelas clínicas já que é procedimento microscópico e especializado, ficando reféns das palavras apresentadas sem ao certo saberem “quantos embriões foram produzidos, nem quantos morreram e quantos estão vivos”⁴¹⁹.

Ademais, segundo os estudos de Débora Diniz e Daniel Avelino, que compararam a legislação de 25 países sobre o uso das células embrionárias em pesquisa, a diferenciação entre embriões viáveis e inviáveis é um tanto melindrosa, e só ocorre no Brasil e em Portugal⁴²⁰, onde neste respectivamente há o artigo 9º da Lei 32/2006⁴²¹. Todos os outros países, sem meio-termo,

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

⁴¹⁷ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. (2009). Cenário internacional da pesquisa em células-tronco. Revista De Saúde Pública. 2009, p.541–547. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>>. Acesso em 31 de jan. 2022, P.545;

⁴¹⁸ ANVISA. 12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

⁴¹⁹ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 168.

⁴²⁰ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. (2009). Cenário internacional da pesquisa em células-tronco. Revista De Saúde Pública. 2009, p.541–547. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>>. Acesso em 31 de jan. 2022.

⁴²¹ Artigo 9.º Investigação com recurso a embriões

1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projeto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

permitem ou não permitem as pesquisas. Dos 25 países analisados, África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Sul, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Holanda, Índia, Irã, Israel, Japão, México, Noruega, Portugal, Reino Unido, Rússia, Suécia e Suíça permitem as pesquisas em células tronco embrionárias. Somente na Itália há uma negativa legislativa face às pesquisas⁴²².

O entendimento internacional de um modo geral é permitir pesquisas com embriões congelados remanescentes em clínicas de reprodução assistida; proibir a comercialização e a produção de embriões para fins de pesquisa privada; exigir que os projetos de pesquisa sejam avaliados por comitês de ética antes da realização da pesquisa; e a obrigação de obter o consentimento do casal que produziu os embriões antes de utilizá-los para fins científicos. Pode-se entender que essa tendência internacional é posicionada como aposta no avanço da ciência, sobretudo como afirmação ética da adequação do princípio da liberdade de pesquisa para a promoção do conhecimento como um bem público^{423 424}.

Além disso, Diniz⁴²⁵ defende que a participação em pesquisas não terapêuticas por pessoas que não podem consentir é possível em duas situações: quando o risco para os sujeitos é mínimo; ou, ainda que a pesquisa envolva risco grave, se resultar em grande benefício social. Segundo Singer, haveria um consenso nas sociedades pluralistas modernas, alcançado através de regras mínimas e direitos sobre a vida boa. O modelo liberal oferece soluções legais simples para problemas intrincados como aborto e eutanásia, confiando aos indivíduos a responsabilidade por dilemas morais⁴²⁶.

4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

- a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental;
- b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
- c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
- d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide.

5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam. Disponível em <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 30 jan.2022.

⁴²² DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco. Revista De Saúde Pública. 2009, p.541–547. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>>. Acesso em 31 de jan. 2022, p.545

⁴²³ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. Interseções [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018.

⁴²⁴ DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. (2009). Cenário internacional da pesquisa em células-tronco. Revista De Saúde Pública. 2009, p.541–547. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>>. Acesso em 31 de jan. 2022.

⁴²⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.354;

⁴²⁶ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 62

Entende-se, pois, que o consentimento livre seria como um direito subjetivo do sujeito da pesquisa, o que implica o dever do médico em respeitá-lo. O Código de Ética Médica brasileiro, em seu art. 123, reconhece tal direito quando veda a pesquisa em ser humano sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequências da pesquisa⁴²⁷.

Segundo Singer, sobre os experimentos de pesquisa em embriões humanos haverá de se analisar muito mais que autonomia de direitos, pois trataria também da moral ética e dos conceitos subjetivos de sacralidade, assim deveria haver certa liberalidade na escolha. Sobre as regras básicas dessa liberdade teríamos o utilitarismo, como teoria contemporânea que invoca o princípio da utilidade na avaliação de ações ou regras⁴²⁸.

Tal entendimento seria relevante para o campo da bioética e do biodireito⁴²⁹, já que as leis podem afetar diretamente o conteúdo da moralidade popular. Por exemplo, as regras legais sobre o consentimento informado podem influenciar direta ou a longo prazo a prática médica e a ética. Uma questão normativa diferente é se a lei cria uma obrigação moral, a “percepção da moralidade ideal é sempre parcialmente determinada por nossa moralidade positiva; ao mesmo tempo, nossa moralidade positiva inclui a possibilidade de autocritica e justificação em termos de moralidade ideal ou crítica”⁴³⁰.

Sobre o consentimento informado e o uso do material embrionário para pesquisa, o antagonismo entre concepcionistas e demais teorias é evidente. Os concepcionistas creem nos pais como os tutores no desenvolvimento do menor, como exigência de uma parentalidade responsável que começa com a fertilização (natural ou mecânica) e continua pelo menos até à idade adulta⁴³¹. Nas técnicas de reprodução assistida, a dignidade e o melhor interesse da criança⁴³² são violados, em prol da integridade física, direito à vida e igualdade de direitos, dos embriões excedentários.

Diante de tal posição, sob qualquer hipótese e mesmo de anomalia congênita do feto a interrupção da gravidez - exceto quando inviabiliza a vida da mãe - significa homicídio. Fica

⁴²⁷ BRASIL, Senado Federal. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988

⁴²⁸ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 67

⁴²⁹ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 61

⁴³⁰ SINGER, Peter; KUSHE, Helga. A Companion To Bioethics. 2009, p. 59

⁴³¹ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 160.

⁴³² O princípio do melhor interesse da criança, está instituído no art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente foi a norma que concretizou a garantia desse direito, cabendo à família, à sociedade e ao Estado uma proteção prioritária da criança, dada sua vulnerabilidade.

evidente que mesmo para casos de embriões inviáveis seria interrupção da vida, e a pesquisa com o uso deste material não seria fator de consonância. De acordo com Eduardo Leite, os concepcionistas:

[...] reprovam todas as formas de fecundação artificial, já que o recurso artificial à fecundação atinge a dignidade pessoal do embrião. "Dignidade" porque as práticas reduzem o embrião a nível de objeto de uma tecnologia científica, expondo-o à situações inadmissíveis tais como, "ser congelado e conservado no frio", "ser utilizado a fins científicos ou terapêuticos", ou "ser destruído". Todas as possibilidades invocadas atingiriam frontalmente os direitos fundamentais da pessoa humana.⁴³³

Os direitos do embrião humano são a ele aplicados independentemente de ordenamento jurídico, Estado, *in vitro* ou *in vivo*⁴³⁴. Dito de outro modo, o embrião por ser dotado de dignidade é admitido nas vias legais em que podem ser inserido um ser humano, detendo em situações jurídicas patrimoniais autonomia privada e autodeterminação nas questões de caráter existencial. O cerne do problema está no direito à integridade corporal, cabendo ao detentor do direito que seria de propriedade a disposição do próprio corpo. Mas, como alerta Pontes de Miranda, o direito à integridade corporal pressupõe que o objeto seja essa integridade e não a propriedade do corpo.⁴³⁵

Tampouco os direitos ao próprio corpo podem ser interpretados como irrestritos, a menos que se assuma um direito indiscriminado e autoextinguível em um conceito proprietário semelhante ao direito subjetivo: um poder ilimitado que incluiria também a legalidade da própria dissolução⁴³⁶. Através desse ponto de vista, é paradoxal considerar que o interesse maior da criança conduziria a suprimir a existência dela mesma⁴³⁷. Vale ressaltar que os limites das liberdades individuais baseiam-se em condutas lesivas ou potencialmente lesivas a terceiros ou à sociedade, pelo que a autodeterminação deve ser guiada pelo conceito de liberdade individual, respeitando pelo menos o que é necessário para que o indivíduo realize plenamente sua existência⁴³⁸.

⁴³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 125.

⁴³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 146.

⁴³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, P.17

⁴³⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 298

⁴³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 140.

⁴³⁸ PONA, Éverton Willian. Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015, p.200

Em contrapartida, pela teoria genético-desenvolvimentista “não há pessoas flutuando em tubos de ensaio”⁴³⁹, já que o potencial de vida de um embrião é zero se for mantido em um ambiente que impeça seu desenvolvimento: a questão da viabilidade é da potencialidade está relacionada ao desenvolvimento de embriões no útero⁴⁴⁰. De tal forma, há possibilidade de pesquisas mesmo em embriões viáveis, cujo argumento apresentado seria não haver imoralidade da eliminação dos “óvulos fecundados” ou a experimentação nesse material, pois para atribuir “a condição de pessoa requer sinais distintivos de individualidade como o batimento cardíaco”⁴⁴¹.

Há ainda o benefício social que a pesquisa pode afetar e justamente é o que defende a ciência, já que o estudo das células embrionárias pode curar inúmeras enfermidades. De toda forma, percebe-se um cunho utilitarista ao defender a benefícios sociais oportunizados pelos avanços científicos em detrimento de seus bens pessoais, no caso a integridade física das células humanas. Nesse mesmo movimento, caminha o tribunal máximo do país ao distinguir o pré-embrião do embrião, e permitir o uso do primeiro mesmo que de forma inviável⁴⁴².

Além disso, no julgamento da ADI 3510, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os embriões não inseridos no útero da mulher são tutelados apenas como bem jurídico, não cabendo nesse liame os conceitos de autodeterminação e autonomia. Nesse mesmo julgado, a Ministra Ellen Gracie argumentou que os embriões “inviáveis ou destinados ao descarte” não possuem chance de vir a nascer, não sendo abarcados pelo direito que se inicia com o nascimento⁴⁴³.

Bem assim, sobre as pesquisas com embriões vale como reflexão o posicionamento futurista e liberal da ministra Cármen Lúcia ao defender que:

[...] as pesquisas não violam o direito à vida, mas na verdade estão a favor dela, com o fim de garantir a dignidade da vida humana. Ela afirmou que “a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agridem a dignidade humana constitucionalmente assegurada”, e

⁴³⁹ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 418;

⁴⁴⁰ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 434;

⁴⁴¹ LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. MANA 13(2): 411-440, 2007, pp. 418-422;

⁴⁴² MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 127

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

se posicionou no sentido de que os embriões que não foram implantados geram “lixo genético”.⁴⁴⁴

Consoante os argumentos expostos, vislumbra-se que não há o que se falar em coisificação ao se utilizar células de pré-embriões inviáveis para pesquisa ou mesmo prezar por um sistema de doação do material biológico excedente, pelo contrário: há inclusive a solidariedade e a sustentabilidade do uso desses materiais biológicos. Advertidamente, é necessário ressaltar que o embrião representa um humano em potencial, e sua potencialidade “para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”.⁴⁴⁵

Deste modo, todos os experimentos potencialmente conduzindo a uma modificação artificial do genoma humano que podem ser transmitidas à prole, bem como pesquisas que alteram o genoma e afetam a espécie humana, são moralmente condenáveis⁴⁴⁶. O direito à manutenção do patrimônio genético, direito de quarta dimensão, deve ser respeitado frente aos perigos da liberdade, segurança e progresso. Bobbio⁴⁴⁷ defende que este “direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.

Destarte, o significado, os usos e os marcos vitais mutáveis que antagonizam posições e teorias “não são fixos e são frequentemente desestabilizados e negociados à luz de novas e velhas éticas”⁴⁴⁸ esbarram nas disputas de poder, que envolvem aspectos técnicos, científicos, morais e governamentais. Nas diversas percepções de “ora família, ora linhagem; ora entulho; ora matéria-prima para o futuro”, o que fazer com os embriões acumulados congelados que não

⁴⁴⁴ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, pp. 118-119

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

⁴⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p. 146.

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 7. reimp.. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, P.946.

⁴⁴⁸ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018, P.126

foram descartados pela inviabilidade ou doados, e fisicamente estão em um tanque de nitrogênio em qualquer canto de um pequeno laboratório⁴⁴⁹?

3.1.2 Embriões Excedentários Criopreservados

A destinação de um embrião é, via de regra a implantação em útero materno: como visto anteriormente, por inúmeros motivos os embriões podem não ter a destinação pretendida e, enquanto aguardam tal, seguem congelados. Oposto ao estado de inércia do embrião, a situação dos doadores é cambial, e como será visto nos casos apontados a seguir há inúmeras possibilidades que não foram atentadas pelas regulamentações existentes. Cita-se aqui o caso *Evans Versus Reino Unido*, *Davis Versus Davis* e *York Versus Jones*⁴⁵⁰.

No caso *York v. Jones* (1989), o Tribunal Distrital Leste da Virgínia nos Estados Unidos foi um dos primeiros tribunais para resolver uma disputa sobre um pré-embrião criopreservado. Steven York e Risa Adler-York (os Yorks), um casal, forneceu seus gametas aos médicos do programa Howard and Georgeanna Jones Institute for Reproductive Medicine (Instituto Jones) em Norfolk, Virgínia com o fim de criarem o pré-embrião, como parte de um estudo fertilização in vitro (FIV)⁴⁵¹.

Os Yorks se casaram em 1983, as tentativas de filiação foram infrutíferas devido a problemas com suas trompas de falópio de Risa. Desta forma, por recomendação médica iniciaram o tratamento de fertilização em 1986 no Jones Institute⁴⁵². Os médicos criaram seis pré-embriões de óvulos de Risa e espermatozoides de Steven, e eles transferiram cinco dos pré-embriões para útero de Risa em 1987, colocando em criopreservação os demais pré-embriões para possível uso posterior. Risa não se tornou grávida, e o casal se mudou para a Califórnia durante o tratamento de fertilização in vitro.

⁴⁴⁹ ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. INTERSEÇÕES [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018, P.127-137.

⁴⁵⁰ Além desses há outros que não serão aqui apresentados como *Mandy Rooks Versus Drake Roocks* (Colorado nos Estados Unidos), *Ruby Torres* (Arizona, nos Estados Unidos), e por último e mais recente datado de 2015 o caso da atriz *Sofia Vergara Versus Nick Loeb* (Califórnia, nos Estados Unidos) que se verá “em passant”

⁴⁵¹ *YORK V. JONES*, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1989). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+\(E.D.Va.+1989\).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0](http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+(E.D.Va.+1989).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0)> Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵² *YORK V. JONES*, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1989). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+\(E.D.Va.+1989\).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0](http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+(E.D.Va.+1989).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0)> Acesso em 05 de setembro de 2022.

No início de 1988⁴⁵³, com o único pré-embrião permanecendo em criopreservação no Jones Institute, os Yorks decidiram tentar a gravidez com a ajuda de médicos do Institute for Reproductive Research at the Hospital of the Good Samaritan em Los Angeles, California. Apesar de pedidos de ambos os Yorks e seu médico da Califórnia, os médicos do Jones Institute se recusaram a transferir o material criopreservado para as novas instalações médicas dos Yorks. Assim, o casal processou o instituto quando os médicos do Jones Institute se recusaram a liberar o pré-embrião para o casal utilizar em outra clínica de fertilização⁴⁵⁴.

O Jones Institute apresentou uma moção para arquivar o processo, alegando que os Yorks não apresentaram fatos suficientes para apoiar suas reivindicações legais. Partindo desse argumento o tribunal distrital concentrou-se em um formulário de consentimento que os Yorks assinaram para participar da fertilização in vitro programa do Jones Institute. Este formulário de consentimento detinha os detalhes do acordo de Criopreservação, intitulado “Consentimento informado: Criopreservação de pré-zigotos humanos”⁴⁵⁵.

O documento apontava os direitos do casal, como o de se retirar do programa de fertilização e decidir o que aconteceria com qualquer pré-embrião criado durante a fertilização in vitro, e a necessidade de autorização bilateral para uso pré-embrião em processos de implantação no útero, gravidez. O referido acordo também apontava as três possíveis destinações do material: doação a um casal infértil; doação para pesquisa; ou destruição⁴⁵⁶.

O juiz J. Calvitt Clarke, Jr., em sua opinião de julho de 1989, resolveu rejeitar a moção do Jones Institute para em favor dos Yorks. negar a tentativa do *Jones Institute* de permanecer com os pré-embriões e confirmou o direito dos Yorks de seguir em frente com o processo. Tratando o assunto como uma disputa contratual, o tribunal concluiu que as partes formaram um contrato de fiança assinando o Acordo de Criopreservação. De acordo com a lei da Virgínia na época, tratou de uma relação de fiança, em que o fiador, dá a outra pessoa a posse, mas não propriedade, deste modo devendo prestar contas ao afiançado. O tribunal considerou que o *Jones Institute* legalmente possuía e tinha o dever de prestar contas do pré-embrião⁴⁵⁷.

⁴⁵³ YORK V. JONES, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1989). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+\(E.D.Va.+1989\).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0](http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+(E.D.Va.+1989).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0)> Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵⁴ CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". Embryo Project Encyclopedia. 2013. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵⁵ YORK V. JONES, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1989). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+\(E.D.Va.+1989\).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0](http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+(E.D.Va.+1989).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0)> Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵⁶ CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". Embryo Project Encyclopedia. 2013. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵⁷ CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". Embryo Project Encyclopedia. 2013. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

O tribunal também se recusou a restringir os Yorks às três opções para o pré-embrião porque os Yorks claramente pretendiam usar o pré-embrião para tentar iniciar uma gravidez, ainda que sob os cuidados de um novo médico. Além disso, o tribunal deduziu do Acordo de Criopreservação que o *Jones Institute* havia, de fato, também reconhecido a direitos de propriedade de Yorks no pré-embrião. O Acordo de Criopreservação indicava que os Yorks mantinham “a principal responsabilidade” de tomar decisões sobre o pré-embrião e, em caso de divórcio, seria obrigada a dirimir qualquer controvérsia relativa à titularidade legal como em uma partilha de bens⁴⁵⁸.

A decisão *York v. Jones* influenciou disputas futuras sobre pré-embriões criopreservados porque tratou o pré-embrião criopreservado como propriedade legal sobre que os Yorks - doadores genéticos - mantinham a autoridade para tomar decisões. Além disso, em vez de abordar as questões legais ou *status* filosófico do pré-embrião, o tribunal de York tratou o pré-embrião como propriedade, em oposição a uma pessoa com poderes legais⁴⁵⁹. Desta forma, o acima do *status* legal do embrião, o moral e ético foi estabelecido como referência aos próximos casos.

- *Davis v. Davis* (Tennessee, nos Estados Unidos 1992)

Em *Davis v. Davis* (1992), a Suprema Corte do Tennessee sobre uma disputa pré-embriões criopreservados decidiu em favor de Junior Lewis Davis, que devido às objeções de sua ex-esposa Mary Sue Davis, procurou o impedimento para não ceder os embriões ao desenvolvimento *in utero*⁴⁶⁰. Mary Sue e Junior Davis estavam juntos desde 1979 e com dificuldades para filiação, já que Mary Sue experimentou gravidez ectópica - onde o embrião se implanta fora da cavidade uterina, geralmente em uma trompa e é incapaz de sobreviver.

Depois que a tentativa de adoção de Davis falhou, o casal, que morava na época no Tennessee, pagou 35.000 dólares por seis fertilizações *in vitro* (FIV) iniciadas em 1985 na Clínica de Fertilidade Knoxville em Knoxville, Tennessee. Todas as seis tentativas de conceber

⁴⁵⁸ CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". Embryo Project Encyclopedia. 2013. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁵⁹ CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". Embryo Project Encyclopedia. 2013. Disponível em: <<http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶⁰ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

através de fertilização *in vitro* falharam⁴⁶¹. O casal optou por esperar até novembro de 1988 para iniciar a próxima rodada de tratamentos de fertilização *in vitro*, quando a clínica poderia criopreservar quaisquer pré-embriões não utilizados para transferência posterior. O casal nunca discutiu, nem entrou em um acordo sobre o que deveria acontecer com os pré-embriões caso o casal se divorciasse.

Após o início da fertilização, nove óvulos foram retirados de Mary Sue dos quais geraram-se sete pré-embriões que permaneceram criopreservados. Júnior entrou com pedido de divórcio de Mary Sue em 1989, após dez anos de união. As partes chegaram a um acordo sobre todos os assuntos, exceto o que aconteceria com os sete pré-embriões criopreservados. Dada a sua incapacidade de conceber convencionalmente, Mary Sue pediu ao tribunal de primeira instância a permissão para utilizar os pré-embriões para produzir uma criança geneticamente compatível com ela, ou seja, filho biológico que deteria suas características fenotípicas, enquanto Junior pediu ao tribunal para mantê-los criopreservados⁴⁶².

O tribunal de primeira instância rejeitou a distinção entre embrião e pré-embrião, definindo a entidades como crianças *in vitro*. O tribunal de primeira instância chegou a um veredicto em setembro de 1989, concedendo a Mary Sue a custódia dos pré-embriões para uso futuro implantação tentativas. Aceitou a teoria de que a vida humana começa na concepção e que os pré-embriões eram seres humanos. Com base nessa perspectiva, o tribunal de primeira instância decidiu a questão de acordo com o melhor interesse das crianças que, neste caso, significava tentar levá-los a termo, concedendo então o tribunal de primeira instância a custódia a Mary⁴⁶³.

Junior recorreu da decisão do tribunal de primeira instância para o Tribunal de Apelações do Tennessee, afirmando que o julgamento do tribunal de primeira instância violou a lei estadual e federal e estava exigindo que ele se tornasse pai contra sua vontade. O Tribunal de Apelações reverteu o julgamento em setembro de 1990, determinando que Junior tinha o direito constitucional de não se tornar pai contra sua vontade, que a gravidez não ocorreu. O Tribunal de Apelações concedeu a custódia conjunta dos pré-embriões a Mary Sue e Junior

⁴⁶¹ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶² DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶³ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

decidindo que as partes só se tornariam pais dos pré-embriões se ambos concordassem em fazê-lo.

A Suprema Corte do Tennessee abordou o status legal dos pré-embriões, decidindo se os considerava como pessoas, propriedade, ou alguma outra designação nos termos da lei. Isso foi em parte uma resposta aos pedidos de dezenas de organizações nacionais participando como *amici curiae* no caso. O tribunal citou *Roe v. Wade* (1973) para a proposição de que a lei federal não reconhecer o nascituro, incluindo pré-embriões, como pessoas.

Embora as leis estaduais do Tennessee não tratassem diretamente da *status* de pré-embriões criopreservados, o tribunal recolheu a política pública estadual de vários estatutos relevantes. Por exemplo, um viável feto deve nascer vivo a fim de se encaixar no significado do termo "pessoa" sob o Tennessee.⁴⁶⁴ Além disso, o Estado permitiu o aborto antes de um feto em desenvolvimento atingir a viabilidade, e mesmo após a viabilidade se necessário para salvar a vida da mãe. O tribunal determinou que as leis estaduais e federais existentes refletiam uma política pública que mesmo um viável feto no útero não tem direito à mesma proteção que as pessoas que já nasceram. Um pré-embrião de quatro a oito células é ainda menos desenvolvido ou viável do que um feto e, da mesma forma, não estaria protegido como pessoa sob lei⁴⁶⁵.

A Suprema Corte do Tennessee concordou com o Tribunal de Apelações que os pré-embriões não têm personalidade jurídica, mas também sentiu que o Tribunal de Apelações foi longe demais ao tratar os pré-embriões como propriedade. Embora o Tribunal de Apelações não declarou explicitamente que os pré-embriões eram propriedade, havia concedido a guarda conjunta de Junior e Mary Sue, refletindo a interesse nos pré-embriões sem definir claramente esse interesse⁴⁶⁶.

O Tribunal de Apelações também se baseou em *York v. Jones* (1989), um caso na Virgínia envolvendo a propriedade de um casal em um único pré-embrião criopreservado. Assim, ao chegar à sua decisão, o Tribunal de Apelações deu a entender que as partes tinham interesse de propriedade nos pré-embriões criopreservados. A Suprema Corte do Tennessee resolveu a questão da personalidade sob a lei estadual do Tennessee afirmando que os pré-

⁴⁶⁴ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶⁵ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶⁶ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

embriões não são pessoas nem bens. Em vez disso, os pré-embriões pertencem a uma “categoria provisória que lhes dá direito a um respeito especial devido ao seu potencial para a vida humana”. Embora os nascituros não tenham os direitos legais de uma pessoa já nascida, o tribunal argumentou que eles merecem mais respeito sob a lei do que propriedade devido ao potencial de vida.⁴⁶⁷

Embora nenhum contrato tenha sido assinado no caso Davis, o tribunal optou por discutir a aplicabilidade geral dos contratos de fertilização *in vitro* para oferecer orientação aos futuros participantes em procedimentos de fertilização *in vitro*⁴⁶⁸. O tribunal reconheceu as emoções envolvidas com a infertilidade e as mudanças na vida de uma pessoa que podem ocorrer durante o processo de fertilização *in vitro*⁴⁶⁹. Reconheceu também que, dado o potencial para tal mudança, seria ser difícil para os participantes da fertilização *in vitro*, no início do processo, fornecer consentimento verdadeiramente informado em relação ao planejamento filial tanto desejado no momento da coleta⁴⁷⁰.

Valendo-se desses argumentos, o tribunal determinou que as partes devem ser autorizadas a modificar sua fertilização *in vitro* inicial por mútuo acordo. Na ausência de tal modificação mútua, os tribunais devem fazer valer o acordo original como meio de garantir que os provedores de gametas retivessem a autoridade conjunta de tomada de decisão sobre os pré-embriões. Sem um contrato para consultar, o tribunal decidiu o caso com base no direito constitucional à privacidade: o tribunal determinou que, em casos de fertilização *in vitro*, os provedores de gametas são iguais em seus direitos de tomar decisões sobre os resultados resultantes pré-embriões. Além disso, quanto ao gameta os provedores sozinhos têm autoridade para decidir se devem tentar gestar pré-embriões criados durante o processo de fertilização *in vitro*, e nem mesmo o interesse do Estado em proteger a vida humana potencial pode justificar a violação desse poder.

O tribunal então se voltou para a questão de como resolver disputas envolvendo direitos de autonomia quanto à procriação em que os interesses são de mesmo peso porém

⁴⁶⁷ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶⁸ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁶⁹ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁷⁰ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

conflitantes⁴⁷¹. O tribunal optou por não adotar decisões de disputas semelhantes, mas, em vez disso, o tribunal aplicou sua própria estrutura de ponderação dos interesses de cada parte na ausência de um acordo entre eles, com foco no ônus que cada parte suportaria se a outra parte prevalecesse.

Em sua decisão de junho de 1992, o tribunal decidiu que o fardo de Junior de suportar a paternidade indesejada superava o de Mary Sue de não poder doar os pré-embriões para outro casal. Se o filho genético de Junior nasceu de outro casal, Junior potencialmente perderia tanto sua autonomia de procriação quanto sua capacidade de criar seu filho; Mary Sue, por outro lado, ainda podia alcançar a paternidade genética, ou filiação biológica por meio de futuros tratamentos de fertilização *in vitro*, mesmo que os pré-embriões existentes tenham sido destruídos.⁴⁷²

Mary Sue e Junior não tinham interesses de propriedade nos pré-embriões, mas o tribunal concluiu que, como fornecedores do material genético, tinham autoridade para tomar decisões sobre os pré-embriões. A decisão estabeleceu que os tribunais devem seguir os desejos daqueles que contribuem com seu espermatozoides e óvulos, para criar pré-embriões. Em caso de disputa, os tribunais devem fazer valer qualquer acordo prévio entre o gameta prestadores e, na falta de tal acordo, o tribunal deve ponderar os interesses das partes, decidindo ordinariamente a favor da parte que deseja evitar a procriação⁴⁷³.

- *Evans versus Reino Unido* em 2006

Exames preliminares realizados em outubro de 2000 mostraram que Natallie Evans possuía tumores pré-cancerosos em ambos os ovários, e para engravidar seria preciso retirar os óvulos para um processo de fertilização *in vitro*. Assim, prosseguiu-se com o tratamento e foi recomendado o congelamento do embrião resultante dos gametas de Natallie e seu marido, visto que a clínica relatou insucesso quando do congelamento dos óvulos. Após termo de consentimento livre esclarecido, a fertilização originou 6 embriões que foram congelados já

⁴⁷¹ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁷² DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

⁴⁷³ DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30\]](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30])>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

que a recomendação médica era que a implantação dos mesmos ocorresse após dois anos do tratamento/cirurgia.

Em julho de 2002 o casal se separou, e o ex-marido de Natallie, notificou a clínica de reprodução sobre o ocorrido e solicitou a destruição dos embriões congelados, já que no termo de consentimento constava a possibilidade de revogação até o momento da transferência do embrião para o útero, fato legalmente estabelecido na lei inglesa de 1990 (The 1990 Act)⁴⁷⁴. Desta forma, a lei inglesa exige o consentimento bilateral não só para o recolhimento do material genético como também para a implantação ao útero. Desta feita, apesar de ingressar junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, o pedido de Natallie pelo não descarte dos embriões foi negado:

Evans argumentou que a *British Fertilization and Embryology Act 1990*, que determinava a destruição dos embriões, era incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos porque negou o direito à vida dos embriões, interferiu no direito de Evans à vida privada, e discriminaram as mulheres que dependem do tratamento de fertilização *in vitro* para ter filhos em relação às mulheres que não contam com tal tratamento. O tribunal rejeitou as alegações de que a Lei violou a Convenção Europeia.⁴⁷⁵ (tradução nossa)

Natallie Evans argumentou que a Lei de 1990 era incompatível com a Convenção sobre direitos Humanos, e desta vez recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos por quatro motivos: (i) interferiu com seus direitos de propriedade privada e vida familiar nos termos do artigo 8º da Convenção; (ii) interferiu com seu direito constituir família nos termos do artigo 12.º; (iii) discriminou Evans como uma pessoa com deficiência que necessita de tratamento de fertilização *in vitro* para engravidar em violação Artigo 14; e (iv) interferiu no direito do embrião nos termos do Artigo 2 e quaisquer direitos aplicáveis que possa ter nos termos do Artigo 8.3⁴⁷⁶.

Já o ex-marido de Evans, por outro lado, argumentou que a Lei de 1990 deu a ele um direito incondicional de retirar o consentimento para o armazenamento dos embriões até o ponto de uso, e que usar neste contexto significava implantação em útero. Ele ainda argumentou que

⁴⁷⁴ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9>>. Acesso em 04 de outubro de 2022)

⁴⁷⁵ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

⁴⁷⁶ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

os direitos sob a Convenção não eram envolvidos aqui, e que mesmo que estivessem, a interferência nos direitos de Evans⁴⁷⁷.

Sobre o caso em tela, a Corte decidiu que os Estados têm uma ampla margem de apreciação ao decidir como regular questões de consentimento no tratamento de fertilização *in vitro*, por isso não há o que se falar em inconstitucionalidade da lei britânica⁴⁷⁸. Ademais, a Corte apontou que os Estados têm direito a decidir que as considerações políticas justificam regras claras em oposição a consideração de casos individuais, e deve propor em sua política um regulamento que seja bilateralmente justo com o uso das tecnologias nas demandas reprodutivas que tratam do direito ao planejamento ao permitir a retirada do consentimento no uso de embriões de fertilização *in vitro*.

Assim, não é discriminação contra mulheres que dependem de fertilização *in vitro* tratamento para ter um filho biológico, mas sim a manutenção da autodeterminação como parâmetro nos contratos biojurídicos⁴⁷⁹. Entrementes, diante da vulnerabilidade da situação de Nattalie a Corte reconheceu não terem dado informações suficientes para a paciente, tanto quanto a viabilidade do congelamento dos óvulos quando sobre a legislação vigente, a revogabilidade do ato existencial e a necessidade de duplo consentimento⁴⁸⁰. A Corte então concordou com a revogabilidade do ato existencial, inclusive como descarte do material (embriões), todavia previu exceções à revogação quando: i) Não há outro meios de ter filho biológico, ii) Não se tem filhos, iii) Não se tem a intenção de utilizar de útero de substituição no processo de implantação⁴⁸¹.

- Sofia Vergara v. Nick Loeb, (Califórnia, nos Estados Unidos em 2015) ou Emma And Isabella Louisiana Trust (Louisiana, nos Estados Unidos em 2017)

⁴⁷⁷ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

⁴⁷⁸ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

⁴⁷⁹ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

⁴⁸⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et al. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatuba/ SP. Editora Foco, 2018, p.200

⁴⁸¹ EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

De modo *en passant*, outro caso tomou os noticiários devido à proporção midiática dos participantes: a atriz Sofia Vergara, mundialmente conhecida devido aos seus trabalhos em Hollywood e o seu ex-noivo Nick Loeb. Após tentativas frustradas de filiação, decidiram com o uso das técnicas de fertilização *in vitro* a implantação dos embriões em barriga de aluguel. O casal se separou no ano de 2014, e em 2015 tais embriões foram motivo de disputa judicial já que o casal se separou antes de dar a finalidade pretendida aos embriões⁴⁸².

Após a discordância quanto à destinação dos embriões, a atriz Sofia Vergara enfrentou um processo contra seu ex-cônjuge e doador genético por dois pré-embriões congelados. A discordância se deu pelo conflito de interesses entre os ex-cônjuges. Segundo Nelson Rosenvald, Loeb pleiteava a “custódia dos dois embriões, para que sejam nidados mediante gestação de substituição e, posteriormente, por ele criados. O empresário alegou razões morais para vetar a destruição dos embriões ou a permanência em um congelador”⁴⁸³. Sofia permanecia convicta de que a continuidade dos embriões congelados seria o melhor já que para a atriz uma criança necessita de não só uma mãe ou um pai, mas do amor entre eles.

Nesse caso havia contrato entre as partes, todavia nada se estabeleceu sobre uma possível separação entre o casal e a situação dos pré-embriões em tal caso. Assim, na falta de regulamentação, Nick adentrou com a ação alegando que lhe era direito ser pai, até mesmo por ser o doador biológico, e que por tal motivo detinha o dever do melhor interesse da criança, que no caso era a proteção da sua vida, o propósito para o qual foram criados⁴⁸⁴. Para Nick, a posição de Sofia, no sentido de manter os embriões "sentados em um freezer até o fim dos tempos", seria, segundo ele, "equivalente a matá-los"⁴⁸⁵, desta forma defendendo os pré-embriões como seres vivos e não como propriedade.

Consequente, em primeira instância a decisão optou por negar acesso aos embriões por Nick e favoravelmente a Sofia, mantendo-se os embriões congelados em uma clínica de

⁴⁸² EMMA AND ISABELLA LOUISIANA Trust No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022

⁴⁸³ ROSENVALD, Nelson. Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022

⁴⁸⁴ EMMA AND ISABELLA LOUISIANA TRUST No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022

⁴⁸⁵ ROSENVALD, Nelson. Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p.

fertilização em Beverly Hills (Califórnia). Todavia, para além das dificuldades do caso em tela, outro fato somou-se à lide: Nick cancelou a ação anterior e adentrou com outra ação, desta vez no estado de Louisiana.

A Justiça de Louisiana recebeu uma “*right-to-live lawsuit*” ajuizado por “Emma” e “Isabella” – nome concedido aos dois embriões femininos congelados – em face de Sofia Vergara. As demandantes buscam garantir a sua nidação e nascimento sendo posteriormente confiadas ao pai natural, que está disposto e desejoso que elas nasçam. O argumento nuclear das demandantes é o de que, por não terem nascido, foram privadas de uma legítima expectativa de confiança que foi criada para elas⁴⁸⁶

Segundo Nick, o Estado da Louisiana, diferentemente do Estado da Califórnia, detém as “leis estaduais mais favoráveis em relação aos direitos relativos à FIV, o que os torna pessoas jurídicas que têm o direito de processar e ser processadas e não pode ser destruído intencionalmente”⁴⁸⁷ (tradução nossa). Ocorre que o ajuizamento de uma demanda em nome de Emma e Isabella contra Sofia Vergara, mãe biológica, eleva o caso a outro patamar e muda os argumentos e as discussões antes analisadas.

Questiona-se aqui o *status* do embrião, sua natureza e seus direitos como pessoa que detém vida plena ao apontar direitos da personalidade em interesse próprio, tais como o direito ao nome, direito de acesso à concepção uterina e ao subsequente nascimento⁴⁸⁸. Como bem aponta Heloísa Barboza, “o nome permite que os indivíduos se distingam uns dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante [...] elemento da personalidade”⁴⁸⁹. Resta claro assim, que acima do defendido pela teoria da concepção “considera como pessoa o embrião que já foi nidado ao útero, sem, contudo, estender a tutela dos direitos da personalidade ao pré-embrião”⁴⁹⁰, no caso em tela o defendido pelo Estado da Louisiana é a igualdade de direitos entre concebidos e nascidos ao designar como pessoa o pré-embrião congelado.

⁴⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p.

⁴⁸⁷ EMMA AND ISABELLA LOUISIANA TRUST No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022, p.5

⁴⁸⁸ EMMA AND ISABELLA LOUISIANA TRUST No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022

⁴⁸⁹ BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil ea vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.3

⁴⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p.

Em resposta a tal situação, já em 2017, os advogados de Sofia Vergara solicitaram a rejeição da ação argumentando que a atriz não está sujeita a jurisdição daquele tribunal estadual, visto não ser seu domicílio e nem o local de criopreservação dos pré-embriões, solicitando também a remoção da ação “ao Tribunal Distrital dos Estados Unidos pelo Distrito Leste da Louisiana alegando diversidade e jurisdição federal”⁴⁹¹ (tradução livre) . Em agosto do mesmo ano, o Tribunal decidiu por Sofia Vergara ao aceitar o pedido da ré para rejeição da ação por falta de jurisdição. Assim, finalizou-se o caso sem a discussão iniciada.

Desta feita, observa-se que apesar dos quatro casos citados não ocorrem no Brasil e detiverem sistemas jurídicos distintos (*Common Law* e *Civil Law*), se tal fato ocorresse no Brasil, como a legislação existente resolveria tal caso?

Sobre tal cenário, Nelson Rosenthal faz algumas críticas já que a equiparação irrestrita de direitos do pré-embrião ao homem adulto aponta o primeiro como pessoa titular de situações jurídicas existenciais. Aponta ainda o autor que o embrião criopreservado, merece respeito por ser vida humana em potencial, não sendo bem ou coisa, para serem descartáveis ou transferíveis, “todavia, não fazem jus a um nome e a uma pretensão para constranger os ancestrais genéticos a prosseguir o processo pela via trifásica embrião/ nascituro/ pessoa nascida”⁴⁹².

O autor ainda defende os direitos reprodutivos e a autonomia existencial individual ao apontar que no “estágio primário da vida, a autonomia reprodutiva e a intimidade da mãe merecem irrestrita proteção, sem que se cogite de um balanceamento de interesses que crie uma obrigação de aproveitamento de todos os embriões concedidos por fertilização artificial”.⁴⁹³ No Brasil, a possibilidade de descarte de embrião em caso análogo poderia ser justificada pela

⁴⁹¹ EMMA AND ISABELLA LOUISIANA TRUST No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022, p. 6.

⁴⁹² ROSENTHAL, Nelson.Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p

⁴⁹³ ROSENTHAL, Nelson.Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p

retirada do consentimento do sujeito que é também titular do material genético que compõe a estrutura genética do embrião⁴⁹⁴.

Embora a Resolução do CFM preveja o exercício prospectivo de uma autonomia ao determinar a manifestação por escrito dos envolvidos na técnica de reprodução, notadamente o do ato de congelamento quanto ao destino dos embriões em casos de divórcio, doenças graves ou falecimento de uma ou ambas as partes, não se pode descartar a possibilidade uma alteração de consentimento.

Verifica-se assim, que nos casos citados, a natureza ou *status* moral é fator incidente em todos os julgados apontados e serve de fundamento para a destinação dos embriões criopreservados. E de modo geral entende-se o pré-embrião como diverso do embrião implantado no útero, e ao apontá-lo como um vir-a-ser condicionado à vontade bilateral dos doadores genéticos com *animus* de filiação, também o condiciona a interesse e responsabilidade daqueles que o planejaram. Desta forma, sua destinação de forma geral segue a vontade dos doadores quando da livre manifestação de consentimento, acordo prévio ou contrato existencial bilateral com força de lei entre as partes, como ocorreu em todos os casos citados, porém em alguns sem a possibilidade de ação quando da alteração da relação conjugal.

Assim, deve-se prezar pela vontade daqueles provedores dos pré-embriões: em caso de disputa, os tribunais devem fazer valer qualquer acordo prévio entre os doadores de gameta. Tal contrato poderá ser alterado em alguns casos em específico como se viu no caso Evans e no caso York, em que ambos apontam a possibilidade de alteração para casos com particularidades específicas como por exemplo quando do interesse médico, quando não se tem outros filhos e em caso de doença grave que impeça a filiação biológica de outro modo.

Todavia, vê-se também que nos casos citados a autodeterminação prevaleceu sobre a existência do pré-embrião até o limite de sua implantação e assim, na falta de tal acordo e na eventual disputa entre os cônjuges, os tribunais ao ponderarem os interesses das partes decidiram ordinariamente em todos os casos a favor da parte que deseja evitar a procriação. Diante de tal cenário, e com o fim de entender todos os pontos que guarnecem os contratos existenciais bilaterais e sua influência no planejamento familiar, passa-se ao estudo do conceito

⁴⁹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et all. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatub a/ SP. Editora Foco, 2018, p.200

de família e o cenário social, para a *posteriori* apontar no contexto nacional os fundamentos da colisão de vontades quanto a destinação embrionária.

3.2 Da família: princípios e dissociação

Atualmente, há uma mudança pelas novas perspectivas que a modernidade trouxe: o modo de interação do homem se modificou muito, os valores sociais não são mais os mesmos, ao que Zygmunt Bauman afirma que um dos pontos que simultaneamente sofreu e gerou alterações foram as relações amorosas e sexuais. Em seus estudos, Bauman defende que o sexo foi desenvolvido como construção de numerosos segmentos da estrutura social moderna⁴⁹⁵.

O controle sexual através do molde familiar do casamento era utilizado para abarcar as inseguranças da época, dada “a predisposição natural das mulheres para a histeria e das crianças para a masturbação [...] o homem para a poligamia”⁴⁹⁶. Esse molde de controle que permitia as relações somente dentro do laço eterno do casamento foi desconstituído com o que foi chamada de segunda revolução sexual. Na sociedade civil moderna a liberdade é irrestrita – e a ordem é mantida por meio do domínio da obediência. A fim de que o domínio dos homens seja substituído pela autonomia mútua das mulheres e dos homens, a liberdade individual tem de ser limitada pela estrutura das relações sociais, às quais a liberdade é parte inerente⁴⁹⁷.

Isto se deu por inúmeros motivos, dentre eles as lutas feministas por iguais direitos, a ascensão dos direitos humanos, a laicidade do Estado, a inserção feminina no mercado de trabalho e também pelo avanço da tecnologia que permitiu o aferimento tanto do controle de natalidade quanto da paternidade agora pela genética, vez que sempre baseou no testemunho da mulher para se auferir a paternidade. A maternidade, entretanto, sempre foi certa, segundo mesmo aponta a expressão *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*⁴⁹⁸:

⁴⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.182.

⁴⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.182

⁴⁹⁷ PATERMAN, Carole. O contrato sexual. Tradução Marta Avancini. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.339-340;

⁴⁹⁸ TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica Do Nascituro: Uma Página A Ser Virada No Direito Brasileiro. *Questões Controvertidas no novo Código Civil. Volume 6*, São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201401311043530.ARTIGO_NASCITUTO.doc>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

segundo Carole Pateman, esse ponto era fator crucial para a instituição do casamento como controle da filiação e da mulher⁴⁹⁹.

Nesse diapasão, as relações sociais foram também engendradas pelas leis, na velha e clássica visão tridimensional do direito ao abarcar os valores patriarcais clássicos. Segundo Fernando Rodrigues Martins, o Código Civil de 1916 pregava pelo absolutismo marital e pelo conceito clássico de família ao manter estratégias legais de controle social:

[...] mediante os seguintes eixos: A) a mulher era considerada ativamente incapaz e, portanto assistida pelo marido; b) exigência da virgindade da pessoa como pressuposto da validade do matrimônio; c) filhos com plenitude de direitos desde que considerados apenas a partir do matrimônio legítimos, porquanto aos demais havia a incomoda posição jurídica de ilegitimidade (filhos naturais e filhos espúrios, e esses últimos subclassificados em adulterinos e incestuosos), d) proibição, quanto aos filhos considerados ilegítimos, de ação declaratória de paternidade, sobejando unicamente pleito alimentar; e) presunção absoluta de paternidade quanto aos filhos havidos na constância do matrimônio mesmo que a mulher indicasse o contrário, f) a proteção do vínculo acima dos envolvidos, como se dava pela designação de curador nas hipóteses de invalidade, obstando o desate o ato mesmo que contrário à ordem pública.⁵⁰⁰

Apesar das amarras sociais, a realidade fática foi se transformando e abriu espaço para novos acordos e arranjos. Muito disso se deu, como o visto anteriormente no Capítulo Um, pela ascensão do direito reprodutivo e o controle da reprodução humana, “passe-se do sexo conjugal como meio de reprodução para o sexo conjugal como meio de satisfação”⁵⁰¹ De tal forma, o sexo perde seu papel exclusivo de filiação familiar e altera a perspectiva de interpelação social, vez que para se relacionar sexualmente não é mais necessário o casamento, a constituição de laços vitais e a exclusividade corporal sobre um indivíduo, a construção das estruturas sociais duráveis⁵⁰².

Há uma visão contratual sobre o casamento dada mudança na fenomenologia da união sexual: agora os acordos são negociados e podem ser alterados⁵⁰³. Segundo Scruton, “o

⁴⁹⁹ PATERMAN, Carole. O contrato sexual. Tradução Marta Avancini. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.317.

⁵⁰⁰ Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.447-448;

⁵⁰¹ Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.448;

⁵⁰² BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luíz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.183

⁵⁰³ SCRUTON, Roger. A alma do mundo [recurso eletrônico] / Roger Scruton; tradução Martim Vasques da Cunha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2017, p.117-118;

desaparecimento gradual de votos maritais é um exemplo especial da transição ‘do *status* para o contrato’⁵⁰⁴: agora a união é contratual, por meio de acordos sexuais, de “contratos” de namoro ou casamento. Segundo o sociólogo, profundas mudanças nos padrões sexuais foram um dos fatores para a liquidez das relações sociais já que as relações na modernidade são efêmeras e rasas.

O hedonismo e o individualismo reinam como parâmetros para o desprezo à constituição clássica de família marital. Nas palavras de Bauman, “as estruturas firmes e elásticas do tipo de ‘até que a morte nos separe’, indispensáveis no sistema de poder, perdem sua utilidade: elas se tornam até disfuncionais se medidas pelos pré-requisitos da integração do tipo de mercado”⁵⁰⁵. Em vista disso, a liberdade garantida viabiliza o caráter contratual das relações, e assim como em um contrato os termos pactuados podem ser a todo momento revistos. Tal fato afeta a segurança no compromisso conjugal, traz receio em se assumir certos papéis, “por meio de promessas, tomar responsabilidades hoje por algum evento no futuro ou no passado, fazer votos que nos vinculam permanentemente para aquele que o recebe e assumir obrigações que sabemos ser intransferíveis para qualquer um”⁵⁰⁶. Segundo Scruton, o casamento como meio ancestral da constituição familiar é mais complexo ao sinalizar para um desejo filial e:

[...] compromisso existencial que protegerá o futuro de qualquer criança surgida dessa união. As comunidades que não insistem mais nesse compromisso, ou que permitem a sua erosão primeiramente ao reescrevê-lo como um contrato e depois como uma escolha que pais podem ou não fazer, são comunidades que não oferecem mais segurança às suas crianças⁵⁰⁷. [...] Os votos de casamento, as obrigações com os pais e as crianças, os laços sagrados para o lar e a nação: tais coisas devem ser resgatadas da corrosão da vontade e devem ser inflexíveis e “eternas” se estão ali para realizarem a sua função manifesta, ao assegurar a sociedade contra as forças do desejo egoísta⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ SCRUTON, Roger. A alma do mundo. Trad. Martim Vasques da Cunha. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 117

⁵⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luíz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.184-185.

⁵⁰⁶ SCRUTON, Roger. A alma do mundo. Trad. Martim Vasques da Cunha. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 134;

⁵⁰⁷ SCRUTON, Roger. A alma do mundo. Trad. Martim Vasques da Cunha. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 117-118;

⁵⁰⁸ SCRUTON, Roger. A alma do mundo. Trad. Martim Vasques da Cunha. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 121;

De fato, o medo e a fluidez das relações criaram dificuldades na constituição do desejo filial, pelo que se arrisca a dizer que até por isso os divórcios e parentalidade solo vêm crescendo, diante de um cenário em que os outrora sólidos laços amorosos entre o casal hoje não mais são tão coesos, dada a relativização da solidez nas relações modernas. Bauman argumenta ainda que, na sociedade líquido-moderna, há o definhamento dos relacionamentos, a privação de intimidade e emoção, o desvanecimento do desejo de entrar neles e mantê-los vivos: “hoje o sexo está se convertendo num poderoso instrumento de desagregação da estrutura da família, em todas as suas dimensões⁵⁰⁹.

Tais apontamentos de cunho comportamental social são fundamentais à contextualização das relações humanas e do porquê do uso da tecnologia como meio de ascensão na constituição de família moderna, que nesse contexto enfrenta não só os problemas biológicos, mas também os afetivos e sociais: o entendimento e família além de aberto às pluralidades que a modernidade trouxe, também é volátil, não se buscando a perpetuidade nas relações, mas a liberdade. Fernando Rodrigues Martins defende que o conceito de família tem caráter funcional, ao não privilegiar o modelo matrimonial que impediria a promoção plena e o desenvolvimento dos seus entes⁵¹⁰. Para o autor a “compreensão da família como *locus* de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade[...] realização da pessoa na comunidade familiar”⁵¹¹.

De tal forma, a abertura constitucional aos conceitos defende também um padrão dominante de valores que promovem a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade e direitos fundamentais⁵¹². Segundo Martins, as famílias funcionais, ao dialogarem com o ordenamento axiológico constitucional, passam para a libertação do que o antes era determinado pelo Código Civil de 1916 e agora traz consigo o empoderamento familiar ao “libertarem-se dos grilhões do tempo e dos cravos perfurantes dos preconceitos e dogmas”⁵¹³.

Como visto de modo sucinto nos capítulos anteriores, o Estado protege a família como núcleo primordial social, responsável pela formação psicossocial do indivíduo. A família tem deveres constitucionais, que fundam o planejamento familiar na dignidade da pessoa humana,

⁵⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt, 1925- O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama; revisão técnica Luiz Carlos Fridman- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p.186

⁵¹⁰ Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.446;

⁵¹¹ Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.445;

⁵¹² Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.444;

⁵¹³ Martins, Fernando Rodrigues. Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro 2018, p.449;

deveres esses capitaneados pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal, atribuindo à família o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes as condições essenciais à formação de sua personalidade e inserção social, a educação básica e a saúde, bem como o de proteção e cuidado com a pessoa do idoso⁵¹⁴.

Todo indivíduo tem direito de pertencer a uma família. Nesse mister, “família” é um substantivo aberto às várias denominações e inserções culturais na medida em que os fatos sociais não são contemplados por todas as molduras jurídicas já existentes⁵¹⁵. Atualmente, não há só um modo de substancializar uma família, não se constituindo apenas pelo casamento ou pela informalidade da união estável, havendo ainda, entre outras, “as famílias formadas por pares homossexuais, as famílias recompostas, as famílias monoparentais e até mesmo a família unipessoal, que tem a proteção da Lei nº 8.009/90 quanto à impenhorabilidade legal de bens”⁵¹⁶.

Nas palavras de Rosana Fachin, “família assume uma dimensão renovada, eudemonista, firmada na igualdade, na direção diárquica e na não-discriminação”⁵¹⁷. O direito de família se amolda à Constituição incluindo assim, novos princípios e ampliando o leque de proteção do indivíduo⁵¹⁸, sobressaindo-se assim a necessidade da constitucionalização do Direito de Família ao entrelaçar temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade⁵¹⁹. Perlingieri⁵²⁰ aponta a preeminência das normas constitucionais, ao defender que para casos abertos sem normas ordinárias específicas a norma constitucional seria uma fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.

Destarte, de modo exemplificativo passa-se à análise de alguns princípios que atendem à nova realidade do direito de família constitucional. Alguns princípios já foram apontados anteriormente, como dignidade da pessoa humana, a liberdade de planejamento familiar, o direito de filiação, porém ainda há pontos que necessitam ser analisados. Notadamente, no que

⁵¹⁴ Joyceane Bezerra de Menezes - A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e L E ATENTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NEJ - Vol. 13 - n. 1 - p. 119-130 / jan-jun 2008, p.120

⁵¹⁵ Joyceane Bezerra de Menezes - A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e L E ATENTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NEJ - Vol. 13 - n. 1 - p. 119-130 / jan-jun 2008, p.120

⁵¹⁶ Joyceane Bezerra De Menezes. Texto Publicado No Livro “Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras”, Editora Saraiva. 2013, p.01

⁵¹⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 303/304.

⁵¹⁸ Joyceane Bezerra De Menezes. Texto Publicado No Livro “Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras”, Editora Saraiva. Direito Das Famílias. 2013, p.120.

⁵¹⁹ TARTUCE, FLÁVIO. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006

⁵²⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.183.

tange ao princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e os filhos, a proteção integral da família, da solidariedade familiar, princípio do melhor interesse da criança, e a parentalidade responsável.

Como se sabe, a solidariedade é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, e como tal deve ser buscada em todas as relações sociais como base a uma comunidade solidária e cooperativa. Na esfera familiar, o princípio da solidariedade pode ser apontado de modo prático no pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade (art. 1.694 do atual Código Civil), e isto mesmo quando da dissolução do vínculo familiar, posto que o cônjuge pode receber alimentos até sua reestruturação econômica. Entretanto a solidariedade não tem somente o cunho patrimonial e pode ser apontada no âmbito afetivo e psicológico⁵²¹.

Segundo aponta Carlos Moraes, “na família, a solidariedade ocorre entre os cônjuges e companheiros como forma de assistência moral, material e espiritual”⁵²². Um exemplo, que também deve ser aplicado ao supra princípio da dignidade e da afetividade é o abandono paterno-filial ou teoria do desamor:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁵²³

Depreende-se do julgado que a indenização aos filhos pelo abandono afetivo é lesão à dignidade humana, afetividade e a solidariedade familiar, e denota-se tal importância visto o afeto, ser atualmente considerado como “principal fundamento das relações familiares”⁵²⁴. Pode-se verificar referências diretas ao afeto e à afetividade em legislações, como na Lei Maria da Penha, na Lei da Guarda Compartilhada, na nova Lei da Adoção e na Lei da Alienação

⁵²¹ TARTUCE, FLÁVIO. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, p.6-7

⁵²² MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.44

⁵²³ Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva

⁵²⁴ TARTUCE, FLÁVIO. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, p.11

Parental⁵²⁵. Outrossim, consoante a família atual não ser mais exclusivamente a consanguínea, abstrai-se outro princípio importante ao direito de família - a igualdade entre filhos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e art. 1.596 do Código Civil), acerca da qual, mais que a letra fria da lei, a relação de afetividade existente no seio familiar demonstra a filiação socioafetiva.

Prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que “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”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre filhos. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro)⁵²⁶.

Gustavo Tepedino aponta o vínculo da socioafetividade, consolidado no cotidiano familiar sendo por vezes até mais forte que o laço biológico⁵²⁷. Entrementes, por qualquer modo que seja estabelecido, haverá autoridade parental sobre a filiação, mesmo com a caracterização da socioafetividade para além da consanguinidade, alguns pontos merecendo destaque, especialmente os decorrentes da identidade genética⁵²⁸ a qual se caracteriza como um direito da pessoa humana dado o patrimônio genético ser direito humano de quarta geração.

Sobre a identidade genética, Heloísa Barboza aponta que é o último dos termos de individualização existentes por ser identificado após a eclosão das tecnologias e também por ser “único e exclusivo de cada pessoa humana, ressalvados os gêmeos univitelinos”⁵²⁹. Esse elemento distintivo da personalidade detém segundo a autora dois parâmetros de existência, sendo eles:

[...] a) uma absoluta ou individual, segundo a qual cada pessoa humana é uma realidade singular e irrepetível e que a distingue de todas as demais e que conduz à proibição da clonagem humana; e b) outra relativa ou relacional, que define a identidade de cada pessoa igualmente em função de uma memória

525 MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.58.

526 TARTUCE, FLÁVIO. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, p.7

527 TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O Presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.9

528 TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004.

529 BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.3

oriunda de seus antepassados e que constitui sua “historicidade pessoal”, reconhecida como um direito.⁵³⁰

Desta forma, a identidade genética é parte da historicidade pessoal vinculada a traços socioculturais do patrimônio genético humano. Todavia, para os fins deste trabalho ressalta-se que o “direito à identidade genética, que não gera parentesco e seus ‘temidos’ efeitos patrimoniais, em nada afronta nossas tradições jurídicas”⁵³¹. É certo que o sigilo na doação de material genético nos casos de fertilização heteróloga é sacramentado, visto a privacidade do doador em ato de solidariedade gratuidade não deve sobrepor a eventuais ônus sobre o âmbito patrimonial, que sofrerão com a revelação de sua identidade, ressalvada questões médicas a identidade poderá ser revelada ao corpo médico como antes exposto⁵³².

Desta feita, a paternidade entendida como “parentesco, traduzindo o vínculo entre pai e filho e que confere a esse último o estado de filho gerador de direitos pessoais e patrimoniais”⁵³³ poderá ser adquirida mediante três critérios de vinculação filial: “o jurídico, o socioafetivo e o biológico, para a um só tempo salvaguardar o conhecimento da origem biológica e temperá-lo diante dos vínculos de afeto construídos na posse do estado de filho”⁵³⁴. Apesar do dever de cuidado frente à filiação os pais não devem cercear a vida privada e a intimidade do filho menor, devendo por isso o poder familiar ser exercido no mister de se consecutir o melhor interesse da criança e não o dos pais. O próprio ECA, artigos 15 e 18, respalda a proteção da criança nos conceitos de dignidade, respeito, vida privada familiar e individual, intimidade e a liberdade⁵³⁵.

Elevar a filiação ao bem maior é apontar, segundo Tepedino, que “os filhos não são objeto de direito dos pais, ainda que incapazes e sujeitos ao poder familiar”⁵³⁶. Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança aduz a dignidade infantil, onde o respectivo art. 16) preconiza que “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida

⁵³⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.5

⁵³¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.5

⁵³² BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.5

⁵³³ BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: Família e cidadania: O Novo Código Civil e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2002, p.1

⁵³⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004.

⁵³⁵ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.19

⁵³⁶ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.19

particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”⁵³⁷. Nesse mesmo sentido, pondera Tepedino:

Nada impede, por outro lado, que os pais usem da persuasão para convencer o menor a aceitar a sua orientação, justificando-a como a mais apta à promoção de seu bem-estar. [...] Afinal, respeitar a dignidade da pessoa é considerar suas queixas, suas aflições, seus questionamentos, suas insatisfações, suas aspirações, seus desejos – é considerar que o outro é também sujeito e assim, favorecer o diálogo como instrumento de apaziguamento e mediação. Reitera-se que toda a trajetória dos pais no exercício do poder familiar sempre estará entre o cuidar e o resguardar, entre libertar e cercear – sendo a motivação básica – o melhor interesse da criança e/ou do adolescente⁵³⁸.

Outrossim, o poder familiar é dos pais, porém, “não se trata de um direito absoluto, mas do exercício de um múnus, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança, ainda quando isso contrarie os interesses dos pais”⁵³⁹. Do mesmo modo como a igualdade dos filhos, há igualdade na relação de poder familiar e no binômio direito/ dever dos cônjuges estabelecendo igualdade à sociedade conjugal (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e, art. 1.511 e arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do Código Civil).

Diante de tal fato, na família como democracia colaborativa “o regime é de companheirismo ou colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do pai de família (*pater familias*), não podendo ser utilizada a expressão pátrio poder, substituída, na prática, por poder família”⁵⁴⁰. Para eventuais disputas nas decisões que afetam a filiação poderá haver respaldo judicial⁵⁴¹, tudo com base em outro princípio, o do melhor interesse da criança (art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, e arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil).

Ilustra-se que a intervenção na vida privada familiar somente pode acontecer com base na “primazia de um interesse maior presente no caso concreto”⁵⁴². O princípio do melhor interesse da criança, está instituído no art. 227 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi a norma que concretizou a garantia desse direito, cabendo à família, à

⁵³⁷ DA CRIANÇA, Comité dos Direitos. Convenção sobre os Direitos da Criança. 1999.

⁵³⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A Família E O Direito De Personalidade: A Cláusula Geral De Tutela Na Promoção Da Autonomia E Da Vida Privada. Texto Publicado No Livro “Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras”, Editora Saraiva. 2013, p.21

⁵³⁹ SÁ, Maria De Fátima Freire. Bioética: Impacto Do Projeto Parental Na Escolha Do Filho. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/33.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2022., p.252

⁵⁴⁰ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico www.ambitojuridico.com.br. 2006, p.9

⁵⁴¹ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro. Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006

⁵⁴² MENEZES, Joyceane Bezerra De. Texto Publicado No Livro “Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras”, Editora Saraiva. 2013, p.16

sociedade e ao Estado uma proteção prioritária da criança, dada sua vulnerabilidade. Assim, os pais são os tutores no desenvolvimento do menor, segundo Moraes, adepto da corrente concepcionista:

[...] todos os filhos provenientes das técnicas de reprodução humana assistida devem ser assessorados em todas as suas necessidades, independentemente de terem sido introduzidos ou não no ventre, reflexo do que se exige de uma paternidade responsável [...], que começa na fecundação (natural ou mecânica) e se estende pelo menos até a maioridade.⁵⁴³

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade⁵⁴⁴. É sobre a proteção do interesse do menor que o art. 1.583 do Código Civil estabelece parâmetros para quando da dissolução da sociedade conjugal, nesse sentido observa-se o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que estabelece “a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança”⁵⁴⁵.

Segundo Carlos Moraes, “a função da família é garantir a realização de seus membros”⁵⁴⁶, por tal feita que a guarda é um instituto que prevalece o melhor interesse da criança, pode ser definido como um “direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação”⁵⁴⁷. Existem várias modalidades de guarda que se modificam conforme a realidade fática, o binômio do direito dever se transpõe na obrigação de não fugir das responsabilidades parentais após a separação conjugal sendo assim um compartilhamento de responsabilidades “de ambos os genitores no processo educacional dos filhos, independentemente de quem os tenha em sua companhia”⁵⁴⁸.

⁵⁴³ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 160

⁵⁴⁴ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro. Temas Atuais Do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, p.11

⁵⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios Do Direito De Família Brasileiro. Temas Atuais Do Direito De Família, Do Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006, p.11

⁵⁴⁶ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.61

⁵⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. Revista Trimestral De Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.04

⁵⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. A DISCIPLINA DA GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL NA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.6

Nesse sentido aponta o artigo legal do Código Civil Art. 1.632 “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Com base no melhor interesse da criança e na ambivalência do direito subjetivo de guarda que a modalidade mais difundida atualmente é a guarda compartilhada que atribui uma relação próxima por ambos os genitores realizando conjuntamente a autoridade parental⁵⁴⁹. Consoante o explanado vê-se a concretização de dois princípios a parentalidade responsável e a proteção integral da família mesmo que em lares separados.

Sobre o Princípio da parentalidade responsável, Moraes estabelece que as decisões do casal devem observar o planejamento familiar e a dignidade da pessoa humana visto tratar-se de “obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, sexual e espiritual aos filhos”⁵⁵⁰. Nesse diapasão, conforme estabelece o art. 1.634⁵⁵¹ do Código Civil, deve-se considerar as consequências de se ter uma criança, pois ela vai necessitar de cuidados indispensáveis para sua manutenção e educação⁵⁵².

Ao que concerne o núcleo do trabalho, sabe-se que a reprodução assistida produz complexos e severos efeitos jurídicos no âmbito civil, notadamente na área do Direito de Família e Sucessões, tanto de cunho patrimonial quanto os relativos aos direitos pessoais. Frisa-se que todos os princípios estudados se aplicam da mesma forma dada a igualdade de filiação, todavia de forma geral serão acometidos após o nascimento já que o Código Civil ampara o nascituro, concedendo direitos como o de filiação, doação, herança, alimentos, curatela e danos morais. A doação e a herança do nascituro estão condicionadas ao ato de nascer vivo, sendo assim direito suspensivo que caducará se houver morte.

Consoante, aponta Eduardo Leite⁵⁵³, haveria três *status* para o recebimento dos direitos patrimoniais: o nascido herdará com o início da sucessão; o nascituro herdará do nascimento,

⁵⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. A DISCIPLINA DA GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL NA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, p.17

⁵⁵⁰ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 65

⁵⁵¹ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

⁵⁵² MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 65

⁵⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

pois retroagirá desde a sua concepção como é expresso em lei; o não concebido para o caso de reprodução artificial *post mortem* herdará por meio do seu curador. Desta forma, institui o Código Civil a herança será lhe deixada com expectativa de vier a ser concebido e nascido, sendo direito suspensivo e condicional, *in verbis*:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Destarte, o pré-embrião não detém direitos patrimoniais, podendo vir a tê-los sob a condição do nascimento. Por se falar em direito patrimonial, volta-se para a o momento, quando da disputa da “propriedade” e ou guarda do pré-embrião, que de fato é o foco do presente estudo. Sob a égide dos institutos já estudados passa-se ao foco central.

3.3 Disputa entre os Cônjuges

Quando a disputa conjugal é sobre bens, tem-se a partilha; quando é sobre filhos tem-se a guarda; porém, sobre o pré-embrião criopreservado pode-se aplicar a tutela. Na conceituação de Gustavo Tepedino, o instituto da tutela abarca uma norma geral e aberta que vislumbra proteger direitos objetivos e subjetivos de relações horizontais ou verticais⁵⁵⁴. Nesse sentido, Joyceane Menezes completa argumentando que o seu valor máximo protegido é a personalidade humana e só o binômio lesão-sanção seria pouco para expressar sua complexidade, já que “podem se apresentar como poder jurídico, direito potestativo, interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado”⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Da Guarda E A Autoridade Parental Na Ordem Civil-Constitucional. O presente trabalho foi publicado em Revista Trimestral de Direito Civil. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004

⁵⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra De. A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras, Editora Saraiva. 2013, p.26

No caso do embrião, nem todos esses institutos serão aplicados dadas as circunstâncias de sua existência, aqui entendidos como “não há um direito à vida do embrião, tem-se que a constituição genética que o constitui reporta a indivíduos que, no exercício de autonomia privada, concretizaram um planejamento familiar”⁵⁵⁶. Nessa medida, não há o que se filar em interesse individual do pré-embrião. Peter Singer argumenta que “pode haver todos os tipos de razões, incluindo razões morais, para preservar ou proteger seres não conscientes, mas tais razões não podem derivar de seus interesses, uma vez que seres não conscientes não têm nenhum interesse”⁵⁵⁷ (tradução livre). Nesse contexto, aponta Dworkin que nada tem valor a menos que alguém a deseje: “Como pode ser importante que uma vida tenha continuidade a menos que tenha importância a alguém?”⁵⁵⁸.

De tal sorte, a tutela do casal doador genético será dificultosa para casos de dissonância de vontades quanto ao projeto parental. Nesse sentido, como se apresentou nos capítulos anteriores a máxima da autodeterminação consubstancia-se nos contratos existenciais de modo limitador, dado que o limite dos direitos é o início do direito de outrem. Como aponta Joyceane Menezes, a subjetividade do indivíduo parte da relação direta com a autodeterminação e o próprio desenvolvimento da personalidade, estando em sociedade o indivíduo deterá outra perspectiva da autodeterminação, a alteridade⁵⁵⁹.

Pode-se conceituar a alteridade como pressuposto básico de interdependência e individualidade frente os outros indivíduos, “a pessoa se afirmar como partícipe do consórcio humano, sustentando o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações”⁵⁶⁰. Consoante, mesmo que a decisão quanto aos contratos existenciais seja do casal, ainda assim há a autodeterminação privada, “casada, vivendo uma união estável ou sujeita ao poder

556 SÁ, Maria de Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et al. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatuba/ SP. Editora Foco, 2018, p.201

557 “There may be all kinds of reasons, including moral reasons, for preserving or protecting non-conscious beings, but such reasons cannot derive from their interests, since non-conscious beings do not have any interests” SINGER, Peter; KUSHE, Helga. *A Companion To Bioethics*. 2009, p.167

558 DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.96

559 MENEZES, Joyceane Bezerra De. *A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras*, Editora Saraiva. 2013, p.5

560 MENEZES, Joyceane Bezerra De. *A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras*, Editora Saraiva. 2013, p.5

familiar”⁵⁶¹ pelo que, ainda assim, o indivíduo terá sua volatilidade preservada “pois os elementos de sua personalidade são inalienáveis e gozam de especial proteção jurídica.”⁵⁶²

Consubstanciada nesta perspectiva, a intimidade e a privacidade são requisitos essenciais do desenvolvimento da personalidade: sob o recorte da autodeterminação, a proteção da intimidade perfaz-se em abstenção pelo direito ao resguardo e pelo direito ao segredo. Todavia, “face das inúmeras possibilidades de violação permitidas pela ciência e pela tecnologia contemporânea”⁵⁶³, os limites da privacidade biológica apresentam outros contornos, contornos esses borrados aos olhos do direito positivo:

Nesse ambiente pós-moderno, em que transitam interesses existenciais de igual relevância, encontra-se o negócio jurídico existencial, cuja relação jurídica é formada por situações subjetivas existenciais e “(...) a tutela da pessoa passa a ser realizada, em especial, por meio de proteção de seu centro de interesses”. Contudo, sem a regulamentação normativa existente nas relações jurídicas clássicas, que funciona, sobretudo, como limitador às negociações, nasce a dificuldade de como tutelar essas relações existenciais, bem como mensurar a intervenção do Estado e de particulares nos interesses existenciais do indivíduo.⁵⁶⁴

Dito de outro modo, a “teoria da subsunção do fato à norma demonstra-se insuficiente para solucionar questões que não envolvam direitos subjetivos e sim situações jurídicas subjetivas”⁵⁶⁵. Como a base de um direito é a sua raiz axiológica dos princípios, para a solução de vontades conflitantes no campo dos contratos existenciais “a utilização da técnica da ponderação e sua autonomia em relação aos princípios constitucionais para a seleção dos interesses merecedores de tutela”⁵⁶⁶ é o caminho mais adequado para a solução desses conflitos quando o contrato é omissivo, impreciso, inexistente ou mesmo quando há alteração da pretensão inicial ou revogação, anulação ou desistência. Afinal, “o contrato põe em confronto vontades

⁵⁶¹ MENEZES, Joyceane Bezerra De. A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras, Editora Saraiva. 2013, p.3-4

⁵⁶² MENEZES, Joyceane Bezerra De. A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras, Editora Saraiva. 2013, p.3-4

⁵⁶³ MENEZES, Joyceane Bezerra De. A Família E O Direito De Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras, Editora Saraiva. 2013, p.17-18

⁵⁶⁴ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica. Rio De Janeiro, 2017, p.12-13

⁵⁶⁵ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica. Rio De Janeiro, 2017, p.13

⁵⁶⁶ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica. Rio De Janeiro, 2017, p.12

livres que autodeterminam pelo diálogo”⁵⁶⁷, facilita eventuais demandas entre os cônjuges, por ser previamente estabelecido.

Nesse mesmo sentido, nas Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), alguns enunciados foram aprovados. O Enunciado n. 107, da I Jornada de Direito Civil, pelo qual “finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”. Em consequência, como não há determinação legal coerciva, vê-se brechas como no caso ocorrido em dezembro de 2021 em Brasília: o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT proferiu em sede de apelação, Acórdão pela Quinta Turma Cível sustentando a sentença de primeiro grau concedeu o pedido de descarte do excedente de embriões criopreservados resultantes de técnica de FIV homóloga realizada durante o casamento das partes⁵⁶⁸.

Esse entendimento é a corroboração de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. BIOÉTICA. BIODIREITO. DIVÓRCIO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO HOMÓLOGA. EMBRIÕES EXCENDENTÁRIOS. DESTINAÇÃO. DESCARTE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E DA AUTODETERMINAÇÃO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é livre decisão do casal, observado o princípio da paternidade responsável, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de entidades públicas ou privadas. 2. A paternidade, que deve ser sempre responsável, encerra um complexo feixe de direitos e deveres jurídicos, sociais e morais dos genitores, biológicos ou afetivos. 3. O princípio da autodeterminação também no planejamento familiar assegura que a decisão de ter filho, de como tê-los, a quantidade, é uma decisão livre do casal, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. 4. Com o desenvolvimento tecnológico, mormente nas ciências biológicas, foram desenvolvidas e aperfeiçoadas técnicas de reprodução assistida, as quais permitiram que reprodução humana se dissociasse da sexualidade, o que exigiu e ainda exige a modificação das estruturas jurídicas com vistas ao acolhimento e normatização desta nova realidade. 4.1. No manejo das técnicas de reprodução assistida se verifica a cisão temporal entre formação do embrião e a implantação no útero da pessoa que gestará o feto. Desse modo, em atendimento ao princípio da autodeterminação e do livre planejamento familiar como decisão do casal, a vontade procriacional daqueles que optem por essa técnica - fertilização in vitro homóloga -, caso queiram exercer a paternidade a partir do embriões excedentários criopreservados, deve se manter perene até a implantação na pessoa que gestará a criança. 4.2. Porém, ante os princípios da paternidade responsável e da autodeterminação, um ou ambos os cônjuges/companheiros, durante o casamento, ou os ex-

⁵⁶⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia De Justiça No Mundo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.255

⁵⁶⁸ Processo (0702501-17.2019.8.07.0011 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça.

cônjuges/companheiros que se valeram da fertilização in vitro homóloga, podem, no livre exercício daqueles princípios, individual ou conjuntamente, decidirem não mais seguir adiante com o projeto parental antes iniciado, o que enseja o descarte do embriões criopreservados. 5. 6. A manifestação de vontade dos genitores quanto à destinação dos embriões excedentários criopreservados decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida é uma exigência do Conselho Federal de Medicina no momento de se colher o consentimento informado. Contudo, o consentimento ali externado pode ser modificado ou revogado a qualquer momento, em homenagem ao princípio da autodeterminação no planejamento familiar e da paternidade responsável. 7. Recurso conhecido e desprovido 8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito? (STJ - (REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021).

A decisão é inovadora e elencou pontos que antes não puderam ser apreciados pelo judiciário. Ao ir de encontro com os termos contratuais estabelecidos entre as partes, o Tribunal delimitou o direito de arrependimento sobre a doação do material genético como a conjectura filial, isto com base na autonomia individual e no planejamento familiar. Entretanto, a relatora informou não se tratar de violação ao direito à vida, e destacou o artigo 5º da Lei de Biossegurança que permite a utilização de embriões para pesquisas científicas com autorização dos pais, a fim de permitir a manipulação e posterior descarte do material, observadas as normas legais.

A relatora argumentou ainda que por não haver mais relação conjugal entre os genitores dos embriões e a comercialização não ser possível, não há o que se falar em *pacta sunt servanda*. Frisa-se que a vontade de filiação já foi preenchida pelo nascimento de um filho através do mesmo procedimento que gerou os outros embriões. Estes, foram congelados sem a manifestação informada dos genitores na hipótese de separação do casal, vez que a Resolução do CFM vigente à época dos fatos era outra e a prevenção a dissídios volitivos e judiciais não foram prevenidos. Ademais, argumenta a relatora, que a paternidade responsável é um ato voluntário, fruto do exercício de cada pessoa e é parcela da dignidade humana o seu direito à autodeterminação, não pode ser imposta.

Sobre a revogabilidade do ato de autonomia existencial, Rose Meireles defende que apesar de ser bilateral não se analisa a contraprestação como equivalência de medidas, já que por sua natureza são gratuitos, espontâneos e se pautam na solidariedade. Deste modo, a fixação de sua obrigatoriedade ou equivalência inviabiliza ou “a sua prática torna-o um preço violando a dignidade humana”⁵⁶⁹. Consequentemente, “a revogabilidade decorre do princípio do consentimento qualificado, sobretudo, quando da disposição resulte limitação a exercício de direito da personalidade, pois somente a limitação voluntária é admissível”⁵⁷⁰, além das exceções legais previstas.

Sobre o consentimento informado, livre e esclarecido, pode ser visto, portanto, como um direito subjetivo do sujeito, implicando correlatamente o dever de respeitá-lo. O Código de Ética Médica brasileiro reconhece tal direito nos artigos 22, 73, 101, 102 e 110, quando veda a manipulação humana sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequências dos atos sobre o ser. *In verbis*:

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.⁵⁷¹

O consentimento é diretamente dependente do direito de informação, afinal, como se posicionar se não detém o indivíduo o esclarecimento informado da situação? A relevância do consentimento informado se traduz na proteção quando o negócio jurídico for acometido de vícios, todavia, para os negócios existenciais “não podem ficar submetidas ao imperativo de estabilidade e de segurança mas relações contratuais”, pelo que nem todos os vícios resultarão da anulação do ato ou da conservação do negócio biojurídico, dada a natureza dos atos⁵⁷².

Nesse diapasão, dentro das relações de autonomia existencial deverá ser apontado como princípio do consentimento qualificado, constando para a sua validade que a vontade interna deve prevalecer sobre a declarada, a manifestação de vontade é pessoal e revogável⁵⁷³. Como visto anteriormente, não se entende como plausível o direito de implantação e desenvolvimento

⁵⁶⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.305

⁵⁷⁰ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.246

⁵⁷¹ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília, 2010.

⁵⁷² MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.219

⁵⁷³ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.216

do embrião visto este não ter vontade ou interesse⁵⁷⁴, mas sim, uma violação ao projeto de planejamento familiar, onde a frustração pela possibilidade de desenvolvimento de uma filiação de um se vê frente o direito de arrependimento de outro e pela impossibilidade fática da dissociação dos gametas uma vez unidos em um novo e único formato, fato que enseja a paternidade biológica⁵⁷⁵.

Deste modo, pode-se até afastar os efeitos patrimoniais sobre o desistente, mas geneticamente sempre haverá um elo. Ademais, sobre a frustração quanto ao projeto parental pode gerar alguns efeitos ao criar uma expectativa que demanda fatores como tempo, dinheiro e desgaste emocional, e por tais poderá ser aplicado indenização sobre o dano sofrido, podendo existir tanto o dano patrimonial quanto o moral⁵⁷⁶.

Ainda sobre a revogabilidade do ato existencial, deve-se ficar claro que é ato lícito e permitido, não consubstanciando em regra o dever de indenizar haja vista ser forma de coação patrimonial. Além disso, o caráter gratuito e espontâneo do ato existencial perde o sentido frente à indenização patrimonial, ressaltando-se que nada impede que possa ser configurado abuso de direito no caso concreto, tornando o dano indenizável⁵⁷⁷:

A retratação não impede, entretanto, a imputação de responsabilidade por danos, o que, na verdade. Tem mais a ver com o plano das consequências do ato do que com sua impossibilidade. Não é tão simples tal tomada de decisão, pois, como se viu a possibilidade de um pedido de reparação por danos pode funcionar como coação indireta, o que não é desejável⁵⁷⁸.

Merece destaque ainda o fato de que a “revogabilidade impede que a pessoa ocupe a posição de mero instrumento para o desenvolvimento da personalidade alheia”⁵⁷⁹. Ademais, esse confronto entre retratação pela quebra na expectativa de um frente ao direito de arrependimento de outro deverá ser pontuada no caso concreto, visto ser o contrato existencial ato complexo e sem regulamentação específica, estando aberto às possibilidades jurídicas.

⁵⁷⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et al. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatuba/ SP. Editora Foco, 2018, p.201

⁵⁷⁵ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.111

⁵⁷⁶ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.262

⁵⁷⁷ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.262

⁵⁷⁸ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.263

⁵⁷⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.260

Em 2020, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais houve um caso de revogabilidade de ato existencial sobre autonomia reprodutiva e frustração ao projeto parental iniciado. O Tribunal condenou o homem ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) visto os gastos materiais com a Clínica de fertilização, observando-se de tal situação que a indenização não se baseou em reparação por revogação do pacto biojurídico, mas pelos efetivos gastos patrimoniais.

Desta forma, no processo a autora narra que os dois mantiveram relação extraconjugal por aproximadamente dois anos. Durante o período em que permaneceram juntos, tinham planos de constituir família e gerar um filho. Para realizar esse desejo, contrataram uma clínica de fertilização *in vitro* e utilizaram o material genético do parceiro e os óvulos de uma doadora anônima. A mulher custeou todo o procedimento, que correspondeu a mais de R\$ 15 mil, além das despesas com medicamentos e exames. O então parceiro contribuiu apenas com o material genético.

Com o fim do relacionamento, uma disputa pelos embriões gerados visto que houve a proibição do uso pelo ex-cônjuge, revogando o projeto parental já iniciado. Assim, no processo 5013081-60.2016.8.13.0024⁵⁸⁰, foi solicitada pela autora uma Ação Declaratória de propriedade sobre os embriões, o status de doador do material genético do ex companheiro além de danos morais e materiais. Na primeira instância e no tribunal a condenação se manteve para determinar o pagamento de metade do tratamento custeado pela autora além de “a taxa anual de congelamento, no valor de R\$ 250 por cada ano em que os embriões permaneceram congelados”⁵⁸¹:

A celebração do negócio jurídico relativo à realização da fertilização 'in vitro' e posterior implante do embrião no útero da Autora/Apelada é fato incontroverso, sendo evidente que o Réu/Apelante deu o seu consentimento na época para a realização do supracitado procedimento, mesmo que tal ajuste tenha sido verbal, conforme autoriza o art. 107 do Código Civil. Nesse sentido, observa-se que não houve demonstração por parte do Réu/Apelante de que ele tenha concorrido para o pagamento de qualquer valor nesse sentido, de modo

⁵⁸⁰ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - CONTRATO PARA FERTILIZAÇÃO IN VITRO - PROCEDIMENTO CONTRATADO POR AMBAS AS PARTES - ACORDO VERBAL EVIDENTE - JUSTA RECURSA DE AUTORIZAÇÃO - DEVER DE REPARAÇÃO MATERIAL - JUSTA MEDIDA - SENTENÇA MANTIDA. Nos termos do art. 107 do Código Civil, "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". Um contrato verbal que possua agente capaz, objeto lícito e possível, determinado ou determinável é, via de regra, um contrato válido. Conforme preceitua o Código Civil em seu art. 186, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.073065-5/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE.

⁵⁸¹ ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.073065-5/001. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/2/3DD37931D6E6C8_acordao-fertilizacao-in-vitro-.pdf>. Acesso em: 27 setembro de 2022

que havendo recusa - mesmo que legítima - de sua parte com relação à autorização para que a Autora/Apelada dê continuidade ao procedimento, não se pode ignorar as consequências negativas desse ato, de cunho material, para a frustração do direito da Autora/Apelada, não havendo dúvidas, portanto, quanto à sua responsabilidade em arcar com metade do custo do tratamento, que foi, ao que tudo indica, integralmente suportado pela Autora/Apelada, tal como decidido em sentença, com arrimo no art. 186 do Código Civil⁵⁸².

Com efeito, o caso concreto definirá a ponderação de interesses relevantes frente ao dano indenizável o direito de arrependimento e a responsabilidade contratual. Contudo, para a aplicação da ponderação no direito civil, sob contratos biojurídicos, deve-se elencar alguns pontos específicos, como o liame estabelecido pelo princípio da dignidade humana⁵⁸³ ao se observar o confronto entre os atores do contrato e colocar a dignidade como fator equânime entre as partes. Nesse sentido é que Rose Meireles bem pontua que, no embate entre os conflitantes, “a dignidade de um não pode ser realizada à mercê da dignidade do outro. Por isso, se alguém depender do cumprimento da palavra dada pelo disponente para satisfazer sua dignidade, não será alcançado esse objetivo se o disponente se arrepender e revogar o ato”⁵⁸⁴.

De modo crítico sobre a ponderação de interesses nos negócios existenciais, deve-se deter a aplicação nos institutos do direito civil, utilizando a proporcionalidade em seu sentido estrito para aplicação ao caso concreto. Como defende Ana Paula Lêdo, para os outros requisitos da técnica de ponderação, a adequação e à necessidade já estão de certa forma inclusas no Direito Civil sob diferente nomenclatura, apontando assim “o abuso de direito e a boa-fé objetiva. Sob a direção desses institutos, promove-se, satisfatoriamente, a conjugação entre meio e fim de cada situação jurídica”⁵⁸⁵.

Com efeito, sabe-se que não se pode desprover totalmente de responsabilidade aquele que dispôs com consentimento qualificado e alterou sua pactual com base no direito ao arrependimento⁵⁸⁶. Tal fato geraria uma insegurança tremenda quanto à efetividade dos negócios de cunho existencial, e estes talvez seriam os contratos com maior repercussão ao indivíduo pois alteram sua própria existência. Foi com esse sentido que a autorresponsabilidade

582 ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.073065-5/001. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/2/3DD37931D6E6C8_acordao-fertilizacao-in-vitro-.pdf>. Acesso em: 27 setembro de 2022

583 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica. Rio De Janeiro, 2017, p.12-13
584 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.259

585 LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica. Rio De Janeiro, 2017, p.13

586 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.259

e o princípio da confiança devem aqui ser apontados como também factíveis nos contratos com atos de autonomia existencial.

Como os negócios existenciais se baseiam na solidariedade, a operabilidade desses contratos se daria no princípio da confiança justamente por não ser indenizável patrimonialmente a coercibilidade que se daria pela autorresponsabilidade. Como aponta Rose Meireles:

[...] os atos de disposição do corpo benéficos da saúde de um sujeito diverso do disponente ou os de acordos da saúde de um sujeito diverso do disponente ou os acordos entre cônjuges que se concretizem na solidariedade familiar, desde que presentes os seguintes requisitos: i) o ato dispositivo seja dirigido a um sujeito determinado; ii) a bilateralidade do ato⁵⁸⁷

A confiança surge de declarações de vontade, e a discussão da proteção da confiança decorre do caráter de revogabilidade dos contratos de cunho existencial. A proteção positiva da confiança também é efetiva em atos existencialmente autônomos onde não há revogabilidade. É o que se defende em termos de reconhecimento da filiação, que é irrevogável. Portanto, se o adotante após a adoção efetivada solicitar o cancelamento do registro filial por não haver vínculo biológico entre ele e o adotado, tal revogação não será possível visto não haver revogabilidade o ato de filiação. Tal fato se dá pela presunção de confiança que deverá se manter quando atingir a dignidade de outrem, “nos atos de autonomia existenciais em que não está presente a revogabilidade, também é válida uma tutela positiva da confiança”⁵⁸⁸.

Por outro lado, a autorresponsabilidade pressupõe que as consequências das ações não recaem no interesse dos outros ou da comunidade, baseando-se assim na relação entre comportamento e interesses protegidos⁵⁸⁹. Se há o direito de se autodeterminar, haverá também o dever de assumir as responsabilidades por essas decisões, no binômio ação consequência⁵⁹⁰. Nas palavras de Meireles, “é de extrema importância o princípio da auto responsabilidade para garantir que realmente será cumprida a vontade do disponente por quem tem a incumbência de executá-la”⁵⁹¹

⁵⁸⁷ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.257-258.

⁵⁸⁸ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.260

⁵⁸⁹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.265

⁵⁹⁰ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.265-266

⁵⁹¹ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.271

O princípio da responsabilidade e da confiança são necessários na medida em que sempre haverá dúvidas sobre a responsabilidade civil quando da aplicação nos contratos existenciais, comprometendo a efetiva proteção e aplicabilidade desses frente a falta de coerção sobre atos que influem diretamente na personalidade⁵⁹². Se para garantir o direito de um precisar-se-á sacrificar o de outro, quando no âmbito da dignidade haverá a instrumentalização da pessoa, o que vai de encontro à própria autodeterminação. Assim, o papel da revogabilidade na autodeterminação dos atos existenciais se concretiza no próprio princípio da dignidade⁵⁹³.

Os atos existenciais bilaterais são complexos e de difícil normatização dada a variedade de sua natureza e a rapidez das mudanças sociais frente à regulamentação. Assim, a revogação do acordo bilateral sobre ato existencial divide opiniões, tanto pois que a regulamentação em cada país é dissonante. A revogação poderá acontecer até o limite da implantação no útero, até a fertilização do embrião, a qualquer tempo ou o oposto, a nenhum tempo, irrevogabilidade. Há alguns casos ainda que o laço matrimonial é que delimita a possibilidade de revogação ou não do projeto parental.

A irrevogabilidade na Itália acontece após a fertilização do embrião, após criado a mulher que deseja implantar o embrião não precisará do consentimento do ex companheiro visto a irrevogabilidade do ato após a criação do embrião:

[...] assim que o embrião passa a existir, ambos os doadores de gametas estão comprometidos com seu futuro potencial. Em teoria, uma mulher poderia ser coagida a ter o óvulo fertilizado implantado nela contra sua vontade, sujeito apenas às circunstâncias limitadas previstas pela lei de aborto.⁵⁹⁴

Nesse mesmo sentido, a possibilidade de utilização do embrião advindo de projeto parental extinto sem o consentimento da parte desistente pode ocorrer na Hungria; na Espanha, poderá ocorrer enquanto ainda houver o instinto familiar entre os doadores, ou seja, antes do divórcio⁵⁹⁵. Na França, a separação conjugal automaticamente revoga o consentimento sobre o embrião produto da genética de ambos. Ademais, há ainda países que apontam a revogabilidade

⁵⁹² MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.271

⁵⁹³ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.260

⁵⁹⁴ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.111

⁵⁹⁵ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.111

até a implantação do embrião no útero da mulher, seriam eles: Dinamarca, Grécia, Holanda, Suíça, Reino Unido, Bélgica, Finlândia e Islândia e Brasil⁵⁹⁶.

Quando o planejamento é feito por casais, a bilateralidade e o consentimento são levados até o último momento: “a consecução do projeto parental depende da vontade de ambos [...] desistência do planejamento comum e sua consequente revogação de consentimento até o momento anterior à implantação do embrião no útero”⁵⁹⁷. Além do Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil já estudado, houve também o posicionamento CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) no mesmo sentido⁵⁹⁸.

De tal feita, no Brasil a revogação do ato existencial em contratos bilaterais poderá ser feita até a implementação no útero, mesmo com consentimento informado e esclarecido na época dos fatos. Tal cenário impede a paternidade forçada, mas também causa um mau uso do material genético manipulado com o desperdício dos gametas coletados e o desuso do embrião gerado, podendo a solução ser diferente se o material doado for de terceiro.

Os efeitos da fertilização heteróloga e da homóloga serão diferentes quando da desistência do projeto familiar, isto para casos em que o material genético do desistente não estiver presente no embrião. Assim:

Caso haja desistência do projeto parental por aquele que não é o dono do material genético, aplicar-se-ia, a nosso ver, a mesma regra da monoparentalidade. Por exemplo, se o embrião é formado a partir do óvulo da mulher e esperma de doador, caso o (ex)marido desista do projeto parental e a mulher queira ainda assim implantar o embrião, poderá fazê-lo, desde que não impute a paternidade ao (ex)marido desistente, que deve ter expressamente revogado seu consentimento para a implantação deste embrião, eximindo-se, assim, da paternidade da criança gerada. No caso inverso, se é a (ex)mulher quem desiste da maternidade, sendo o embrião formado com óvulo de doadora e esperma do marido, o homem poderá implantá-lo em útero de substituição e levar a cabo seu projeto de parentalidade - o que é mais raro de ocorrer, mas não impossível.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.111

⁵⁹⁷ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.104

⁵⁹⁸ Parecer 151584. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=a&ficha=1&id=15437&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=151584&situacao=&data=19-09-2018>. Acesso em 17 setembro 2022

⁵⁹⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.105.

Na reprodução heteróloga, como bem se sabe o gameta “faltante” advém de um banco e o doador se mantém em sigilo, há a preservação da identidade do doador para fins de cuidado com os eventuais efeitos cíveis que causaria. Desta feita, a desistência do projeto parental não afetará a autodeterminação existencial se na fertilização heteróloga o embrião não detiver o material genético do desistente. Sua revogabilidade seria da filiação, e não da doação de material genético para criação de um novo indivíduo.

Como visto nos exemplos do subcapítulo 3.2, nos casos de revogação da doação de material genético para formação de um projeto parental houve unanimidade quanto ao direito de arrependimento e a revogação do acordo antes estabelecido, apresentando-se somente um adendo quando há perda da capacidade reprodutiva de modo definitivo, fator que impede determinantemente a filiação biológica. Segundo Maria de Fátima Sá e Diogo Moreira, para as mulheres diagnosticadas com câncer a literatura médica relata que o encaminhamento para um serviço de oncologia favorece a destruição das células germinativas, tornando-as permanentemente estéreis⁶⁰⁰.

Nesses casos, quando da criopreservação de células germinativas não haverá problemas, mas, se a criopreservação for de embriões e o projeto parental não for mais adiante a pessoa que perdeu sua capacidade reprodutiva também perderá a sua última esperança de perfilhação biológica. Sobre a preservação da capacidade reprodutiva pelo congelamento dos gametas e não do embrião, ilustra-se o caso de Mimi Lee e Stephen Findley que em 2015 entraram em disputa na Corte Superior da Califórnia nos Estados Unidos⁶⁰¹.

No presente caso, o congelamento dos embriões se deu após o diagnóstico de câncer de mama, já que o tratamento apesar de curar Mimi tornou-a infértil. Com o divórcio após três anos do congelamento, a situação fática quanto ao projeto de perfilhação se alterou: Mimi, que perdeu a capacidade de procriação, solicitou a tutela e custódia dos embriões, ao passo que o ex-marido solicitou a destruição visto o acordo prévio assinado e a idade avançada de Mimi (46 anos à época da demanda) que dificultaria a gravidez. No contrato havia a destruição quando da dissonância de vontades causada pelo divórcio e a delimitação da doação ao cônjuge sobrevivente em caso de morte.

⁶⁰⁰ SÁ, Maria De Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et all. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatuba/ SP. Editora Foco, 2018, p.193

⁶⁰¹ Divorced couple's frozen embryos must be 'thawed and discarded,' judge rules. Disponível em: <https://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-frozen-embryos-20151118-story.html>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

A Corte americana determinou a destruição dos embriões e na sentença ainda ponderou que Mimi, por ser médica, poderia ter congelado seus óvulos e não embriões⁶⁰². Assim, Stephen revogou o consentimento uma vez dado e alterou o pacto filial fato que impossibilitou permanentemente a filiação biológica de Mimi, além da destruição dos pré-embriões como desperdício irretratável. Stephen ainda é fértil e poderá perfazer o desejo filial a qualquer tempo; Mimi perdeu além das mamas, da capacidade reprodutiva, o seu planejamento familiar todo, já que os embriões foram destruídos e sua filiação biológica não mais se realizará.

Para esses casos, há quem diga que deverá prevalecer a decisão favorável sobre o mais vulnerável, no caso o permanentemente infértil, e desta forma aplicada a teoria da perda de uma chance ir de encontro a revogabilidade do ato existencial daquele que nega o direito reprodutivo da pessoa permanentemente infértil⁶⁰³. A referida teoria poderia ser explicada como uma reparação ao dano sofrido de forma intencional ou não pela perda de uma oportunidade que seria em seu benefício⁶⁰⁴. Segundo Maria Daneluzzi e Maria Santiago:

[...] o dano causado pela revogação do consentimento da implantação de um embrião pelo homem à uma mulher ainda fértil e com óvulos é bastante diverso do dano causado à mulher que tem, nesses embriões, sua última chance de ter filhos biológicos.⁶⁰⁵

No caso da reprodução assistida, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance se daria quando da frustração do projeto parental visto a revogação do consentimento de um dos doadores genéticos impossibilitar o desejo filial de outro, mesmo que não haja certeza quanto ao desenvolvimento do embrião⁶⁰⁶. A teoria da perda de uma chance não exige a certeza de um objetivo, mas a possibilidade comprovada de se auferir ganho somados com os elementos dos danos que a perda daquela possibilidade causou. Desta feita, “mesmo que haja uma incerteza quanto ao resultado do processo, é preciso que estejam presentes aspectos da responsabilidade

⁶⁰² DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.111

⁶⁰³ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021

⁶⁰⁴ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p. 113

⁶⁰⁵ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.105

⁶⁰⁶ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.114

civil como a prova do dano e o nexo causal, sendo essencial a comprovação da perda da vantagem sofrida”⁶⁰⁷.

Assim, para quando não se há certeza quanto à viabilidade da possibilidade de ganho não haverá também o que se falar em perda de uma chance, devendo para tal valer-se da razoabilidade. Exemplo na vertente da reprodução humana seria quando o abandono do projeto parental se aplica sobre mulheres mais velhas: a aplicação da teoria seria dificultada pela própria dificuldade em alcançar a gravidez para as mulheres, não sendo uma possibilidade assertiva⁶⁰⁸.

Para que a aplicação da reparação cível pela teoria da perda de uma chance seja plausível:

[...] é preciso que o dano seja provável. Isso significa que não basta a revogação pura e simples do consentimento da implantação do embrião congelado. É preciso que essa revogação, de fato, impeça a concretização do projeto parental da outra parte. Ou seja, caso a parte que se sinta lesada não puder, sob nenhum aspecto, levar adiante esse projeto - ainda que em carreira solo - por conta de sua idade, ou estado de saúde, não há que se falar em perda de uma chance. Entretanto, ainda que não seja possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, caso a desistência do projeto parental acarrete dano emocional e físico à outra parte, é possível buscar a reparação civil propriamente dita com base no prejuízo causado e o seu nexo causal, desde que comprovado o dano.⁶⁰⁹

Destarte, haverá certa responsabilidade civil nos contratos existenciais bilaterais frustrados. Quando se tratar de dano patrimonial a indenização é certa, todavia, quando se tratar de dano moral a questão é mais complexa visto o “conteúdo bastante heterogêneo, dificultando a construção de uma teoria geral”, frente à base da solidariedade e da gratuidade dos atos de autonomia existencial ⁶¹⁰. Além disso, a falta de legislação sobre o embrião e as técnicas de reprodução assistida tornam as soluções pontuais e dispersas aplicadas no caso concreto de forma hermenêutica subjetiva pelo juízo da demanda, fato que por vezes poderá ir de encontro com o entendimento do CFM e de outros julgados: Rosenvald argumenta a necessidade já tardia de legislar as temáticas reprodutivas e a autonomia existencial nos contratos bilaterais, a fim de “pacificarmos questões como qual dos progenitores poderá encerrar a vida humana

⁶⁰⁷ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura.

Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.114

⁶⁰⁸ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura.

Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.115

⁶⁰⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura.

Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.116

⁶¹⁰ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada E Dignidade Humana. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.260

incipiente e em quais condições, bem como a colisão do consentimento do eventual ‘pai’ com a denegação por parte da mulher que não quer se tornar mãe dos embriões congelados”⁶¹¹.

Sobre a solução legal, Rose Meireles defende a reformulação de uma teoria geral do negócio biojurídico com limites principiológicos, dada a dificuldade de normatização das inúmeras possibilidades já existentes e que ainda irão existir⁶¹². Desta forma, alguns princípios deverão ser a base dessas relações como o princípio da gratuidade; o princípio do consentimento qualificado; o princípio da confiança; o princípio da autorresponsabilidade, que justos poderão delimitar os efeitos da revogabilidade e da continuação do projeto parental iniciado⁶¹³.

Seja qual for o posicionamento legal a ser adotado, este deve vir dentro do contexto já existente de forma cumulativa, consistente e coerente enfrentando a matéria com a importância de que detém ao manipular o estágio inicial da vida humana. É importante observar as transformações culturais, socioeconômicas e tecnológicas que a sociedade vem sofrendo principalmente no tocante às questões relativas à sexualidade e à reprodução, cujas consequências causam impacto tanto na moralidade social das relações quanto na saúde pública. Qualquer transformação que implique intervenção sobre o ser humano, sua vida, sua saúde e integridade, deve estar pautada em preceitos que imponham respeito à pessoa humana e à sua inerente dignidade.

Até o momento a jurisprudência e as determinações do CFM indicam a teoria genético-desenvolvimentista como a que abarcaria a realidade entre a biomedicina e os direitos reprodutivos, assim os desejos e interesses recaindo sobre os doadores genéticos os quais poderão se arrepender do consentimento para atos existenciais bilaterais que terão consequências diversas frente ao tempo da desistência e ao caso concreto. Maior segurança seria a preservação do gameta além do acordo bem redigido com o consentimento livre e esclarecido sobre todas as possibilidades jurídicas advindas da alteração de vontades.

⁶¹¹ ROSENVALD, Nelson. Os embriões de Sofia Vergara. Data de publicação no site do IBDFAM: 22/12/2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1185/Os+embri%C3%B5es+de+Sofia+Vergara>>. Acesso em 05 de setembro de 2022, s.p.

⁶¹² MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.273

⁶¹³ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada E Dignidade Humana*. Rio De Janeiro. Renovar. 2009, p.270

CONCLUSÃO

Sabe-se que o ordenamento jurídico advém de cláusulas coercitivas e valorativas que em movimento crescente e constante dadas as alterações sociais, possibilitam a reinterpretação dos direitos, ascensão de novas possibilidades e a criação de “novos” direitos humanos: por serem cláusulas abertas, fundam um ordenamento axiológico embasado nos valores da moral social e voltados ao homem como ser primordial das relações existentes. Assim, quando há confronto entre direitos diversos e não há regulamentação legal que subsuma ao caso concreto e apresente de forma justa a resolução, haverá de se chegar à fonte dos direitos correlatados - os princípios. Quando se questionou para quem estes direitos seriam aplicados, entendeu-se ao longo do trabalho que a pessoa humana como sujeito de direitos e dotada de personalidade jurídica seria o objeto dos direitos humanos.

Assim, como os direitos humanos são em sua base princípios e estes todos voltam-se para o supraprincípio da dignidade humana, conclui-se que o limite de aferição de um direito é quando se inicia o direito do outro. De tal sorte, frente a uma colisão de princípios se utilizará a técnica da ponderação de interesses apresentada por Alexy, como argumentativo para a melhor decisão frente à igualdade de direito do sujeito e a dignidade como fundamento e limite dos direitos humanos. A colisão entre princípios fica clara em face das novas técnicas de reprodução humana que possibilitaram a realização do sonho da filiação, em um cenário que, por se tratar das perspectivas que envolvem vida, morte, autodeterminação, liberdade, dignidade, filiação, parentalidade e outros, torna-se complexo o entendimento normativo do caso.

Afinal, por ser tema concernente ao âmago da criação e existência humana a subjetividade do entendimento dificulta a regulamentação jurídica já que a moral social não é uníssona. Por este caminho, há reconhecimento de que a biotecnologia trouxe inúmeros benefícios ao homem: há necessidade de avançar tecnologicamente no campo científico, todavia, a biotecnologia sobrepõe suas normas à tutela jurisdicional clássica de proteção e garantia social, o direito. Assim, para além dos princípios os constitucionais e fundamentais, os princípios-base do biodireito devem ser levados em conta quando da reprodução humana, o consentimento informado, o princípio da beneficência - não-maleficência -, da justiça e a autodeterminação.

Com a análise dos princípios citados é notório que são normas são gerais e abertas, por isso mesmo a escolha por princípios, para que possam possibilitar o incremento dos avanços

tecnológicos, já que uma norma não é feita com prazo de validade. É evidente que as transformações culturais, socioeconômicas e tecnológicas que a sociedade vem sofrendo principalmente no tocante às questões relativas à sexualidade e à reprodução, cujas consequências causam impacto tanto na moralidade social quanto na saúde pública, acontecem mais rapidamente que a regulamentação legal. Qualquer transformação que implique intervenção sobre o ser humano, sua vida, sua saúde e integridade, deve estar pautada em preceitos que imponham respeito à pessoa humana e à sua inerente dignidade. Assim, a regulamentação do direito como norma social dotada de coercitividade tem o fim de organizar e estabelecer direitos e deveres de modo claro.

Sobre o sujeito de direito e o início da personalidade, se por um lado o art. 2º do Código Civil dispõe que é a partir do nascimento com vida que o sujeito de direito adquire personalidade, por outro lado o mesmo dispositivo preconiza que o nascituro terá desde a sua concepção seus direitos protegidos por lei. Se se verificar sistematicamente o ordenamento, perceber-se-á que os direitos postos a salvo desde a concepção são apenas os patrimoniais. Sobre os direitos de cunho existencial - ou seja, sobre a personalidade jurídica - nada se diz, muito menos qual é o momento em que se inicia a vida.

Assim, a tutela começa no útero com a proibição do aborto, com exceção do legalmente permitido em casos de risco à vida da mãe, anencefalia e estupro. Em seguida, com o nascimento, é considerado criança até os 12 anos e depois como adolescente até os 18 anos e é tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Na sequência, na faixa etária compreendida entre 15 e 29 anos incide o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013). Na velhice, ao completar 60 anos de idade, vem o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

A seu turno, queda-se assim sem proteção e tutela o embrião. Como se vislumbrou ao longo do trabalho, o embrião não é considerado pessoa, não detém personalidade pois ainda não nasceu, não é nascituro já que para tanto é exigido o abrigo no ventre materno, e também não é prole eventual por já ter sido fecundado. Todavia, não é coisa e como tal não deve ser descartado, produzido e manipulado sem normas que tratem com respeito ao princípio vital humano.

Sobre essa discussão existem várias teorias, mas a que se apresenta nos julgados sobre a temática é a teoria genético-desenvolvimentista, que argumenta ser o padrão da morte o mesmo da vida, qual seja, o desenvolvimento cerebral. Valendo-se deste entendimento, a teoria defende a diferenciação entre embrião e pré-embrião, em que o segundo seria o estágio fora do útero, quando ainda *in vitro*. O pré-embrião fora do útero e antes do desenvolvimento rudimentar do sistema nervoso que se inicia no 14º dia da fertilização é um “vir a ser”, uma

potencialidade, e deve ter sua existência respeitada; o embrião é quando da implantação do pré-embrião no organismo materno, fato que permitirá seu desenvolvimento até o estágio de nascituro.

De tal sorte, a teoria genético-desenvolvimentista privilegia a evolução temporal sobre a natureza humana ao propor que os direitos aumentam frente aos estágios da evolução: referida teoria permite que as técnicas de reprodução humana já amplamente aplicadas sejam vetor na consecução dos direitos reprodutivos. Porém, como se viu não há regulamentação para esses casos, o que torna a realidade abstrata quanto às consecuições jurídicas. Apesar da Constituição Federal preservar o patrimônio genético, direito positivado em seu artigo 225 § 1º, incisos II e V, a importância do assunto recai nas consequências que a falta de regulamentação pode causar sobre o destino dos embriões criopreservados.

Sobre a destinação dos embriões viu-se que a implantação para o desenvolvimento filial, a doação para outros casais e para a pesquisa, além do descarte são opções. Todavia, sobre a destinação do embrião, além da subjetividade que trata o cerne da questão ético moral envolvida pode ocorrer também a mudança do cenário que gerou a criação daquele projeto parental, tentando ater as vontades pré-pactuadas no contrato estipulado com a Clínica de fertilização. Assim, com base no consentimento qualificado e na liberdade de contratação e valendo-se do entendimento do CFM, a destinação quando da contrariedade de vontades, da morte e ou do divórcio deverá ser estabelecida quando da contratação.

Para os casos de morte, a eventual deliberação sobre o uso do material biológico seja gameta ou embrião deverá estar plenamente estabelecido em contrato, pelo que a fecundação *post mortem* fluirá como qualquer outra. Importa frisar que o direito civil regula diferentemente as consequências da paternidade de filho nascido após a morte paterna: se a fecundação ocorreu com os próprios gametas dos casais, homóloga, presunção de paternidade; e se ocorreu com gametas retirados do banco de doadores, ou heteróloga, deverá ter expressa anuência paterna do procedimento de fertilização para ser legalmente filho do *de cujus*. Com base no princípio da igualdade de filiação, os filhos advindos após a morte do doador genético terão os mesmos direitos que os filhos já nascidos.

Ao se entender o *status* do embrião como potencialidade, não há o que se falar em bem ou coisa, não devendo aplicar a ele institutos patrimoniais. Isso toma relevância principalmente na situação em que ambos os “pais” morrem e quando se aventa a hipótese de doação do embrião, bem como para aqueles momentos em que o articular do projeto parental não mais puder autodeterminar sua destinação. Conforme se demonstrou ao longo do estudo, ainda há muito por se discutir a respeito principalmente porque tal contexto apresenta muitas variações

de um caso para outro, apenas se ousando afirmar que pode ser o caso de tutela quando a destinação passará ao descendente/ ascendente.

Com efeito e por inúmeras razões que se impõe ao casal, a tutela dos embriões pré-implantação pode gerar conflitos sobre a destinação quando o casal se separa e houver mais consenso sobre o desejo de gerar um filho (desejo filial). Diante de tal problemática, o núcleo do estudo se pautou na tutela dos embriões no Estado brasileiro, com o fim de estabelecer respostas sólidas sobre a tutela civil do embrião quando o mesmo for “objeto” de litígio.

Nesse mister, entende-se que o contrato estabelecido diante da regulamentação do consentimento informado exigido pelo CRM quanto à destinação previne conflito e é *pacta sunt servanda* entre as partes. Todavia, por não deter coercibilidade a regulamentação do CFM pode ser flexibilizada, como foi, diante da realidade fática, ponderando-se que a regulamentação legal resolverá problemas jurídicos cada vez mais presentes na sociedade e até então sem resposta clara, como por exemplo o cerne do trabalho sobre a custódia e tutela dos embriões em caso de litígio entre o casal.

Essa problemática se intensifica ao analisar casos em que um dos cônjuges não mais quer a gestação e o outro não tem mais a possibilidade de produzir novos gametas, impossibilitando assim fecundar novos embriões de outros parceiros. Deste modo, quando da dissonância de vontades, esse estudo tem maior relevância ao se tratar dos casos de única chance de gestação biológica gerada pela fusão dos gametas homólogos em embriões. A resposta sobre o direito de arrependimento do projeto parental é distinta frente ao tipo de reprodução humana assistida, seja homóloga ou heteróloga.

Ainda sobre o arrependimento na reprodução homóloga, o cônjuge que tem o material genético no embrião não deve ser obrigado a parentalidade biológica. Assim, como houve a alteração do cenário, poderá haver a alteração do pactuado: por ser o gameta fruto de disposição do corpo de forma gratuita e determinada frente a um acordo bilateral existencial, há o direito até a implantação no útero materno de se arrepender frente à autodeterminação sobre a reprodução influir diretamente na personalidade e na dignidade do sujeito. O corpo é abrigo primeiro da personalidade, ao que mesmo as partes destacáveis ainda fazem parte do direito de autolimitação pessoal e como tal deve ser respeitado. Para assegurar a dignidade de uma pessoa, não se deve limitar a dignidade de outra, estando assim permitido o arrependimento de ato existencial bilateral.

Entrementes, sobre a reprodução heteróloga, quando o desejo de filiação se mantém pela parte doadora do gameta e não por aquele polo que “necessitou” do banco de gametas, é permitido o uso do embrião sem a autorização do desistente. Afinal, é como tratar de

monoparentalidade, não haverá efeitos patrimoniais e muito menos biológicos e afetivos por projeto parental do qual não se faz parte. Todavia, o arrependimento em qualquer dos casos pode ferir o princípio da confiança e da autorresponsabilidade, podendo desta forma sofrer sanção quando causa dano a outrem.

Até o momento, a jurisprudência trouxe o dano patrimonial na contratação dos serviços de fertilização como indenizável. Sobre o dano moral, não foi admitido dado o caráter solidário, gratuito e íntimo que é o ato existencial quando se trata dos direitos reprodutivos. Todavia, não se pode afirmar tal entendimento frente à complexidade que se apresenta na concretude: um exemplo seria a teoria da perda de uma chance quando se tratar de paciente com a perda definitiva da capacidade reprodutiva, geralmente quando do tratamento oncológico. Frente à dupla vulnerabilidade desses casos, o aconselhável é a preservação dos gametas e não dos embriões, preservando assim a autonomia reprodutiva.

Para além desse caso, ainda haveria outras dúvidas. O que fazer quando não se quer doar a outro casal ou a pesquisa, deve-se deixar criopreservados os embriões *ad eternum*? Não há uma resposta certa para tal possibilidade devendo assim utilizar dos princípios. A autodeterminação no planejamento familiar como direito fundamental consubstancia os direitos reprodutivos tanto conceptivos como contraceptivos, existindo a autonomia reprodutiva mesmo frente à conjugação familiar. Se o acordo pré-implantação for silente ou omissivo, poderão ambos os doadores genéticos estabelecer nova destinação. Em caso de impossibilidade frente à colisão de direitos que ambos possuem sobre o pré-embrião, a solução se dará no campo da ponderação com análise jurídica sobre a possibilidade mais adequada, necessária e razoável aplicado no conflito *in concreto*.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO. **Lei reduz idade para laqueadura e dispensa consentimento do cônjuge.** Postagem em 05 de setembro de 2022. Notícia disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>>. Acesso em 04 de setembro de 2022.

ALEMANHA. **Código de Nuremberg.** Disponível em <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em 10 out. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Ed. Malheiros, 2008.

ALLEBRANDT, Débora. Negociando o Destino dos Embriões Humanos Produzidos na Reprodução Assistida: Criopreservação, descarte, doação e seus agenciamentos em uma clínica de Porto Alegre. **INTERSEÇÕES** [Rio de Janeiro] v. 20 n. 1, p. 114-140, jun. 2018.

ALVES, Cristiane Avancini Alves. **A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade.** In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. .Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005

ANVISA. **12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio.** Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

ANVISA. **13º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio.** Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYT AxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1Zj VIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>>. Acesso em 10 janeiro de 2022.

ANVISA. RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA - **RDC N° 339**, de 20 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Biovigilância. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/biovigilancia>>. Acesso em 30 de jan 2022

ARENDT, Hannah. **A condição humana**/ Hannah Arendt; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso. Lafer. - 10.ed. -- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A Pessoa Na Era Da Biopolítica: Autonomia, Corpo E Subjetividade**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Cadernos IHU ideias Ano 11 – Nº 194 – 2013 ISSN: 1679-0316.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Bioética**, Rio de Janeiro-RJ, v. 8, n. 2, 2000, pp. 209-216.

BAUMAN, Zygmund, 1925- **Vida líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTELHO, Catarina Santos. **A Dignidade Da Pessoa Humana** – Direito Subjetivo Ou Princípio Axial? Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal N.º 21 | 2017

BRASIL, 2015, Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm; acesso em: 24 abril 2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em 02 de outubro de 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.173/17, 23 de novembro de 2017.** Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fsaude.rs.gov.br%2Fupload%2Farquivos%2Fcarga20171205%2F19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf&cflen=147493&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de outubro 2021.

BRASIL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Declaração Universal Sobre O Genoma Humano E Os Direitos Humanos.** Disponível. http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm Acesso em 20 de março de 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 30 de jan. 2022

BRASIL. **Lei de Biossegurança-** Lei nº 11.105 de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em 02 jan. de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal ADI 3510.** Distrito Federal. Rel. Min. Ayres Brito, jul. 29/05/ 2008. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D611723&cflen=7721490>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal ADPF 54.** Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, jul. 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantoticias/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 27 de março de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal HC 124.306**. Rio De Janeiro. Rel. Min. Marco Aurélio, jul. 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 05 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus n. 124.306**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 nov. 2016, publicado em 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em 05 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29 mai. 2008, publicado em 28 mai. 2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 22 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 abr. 2012, publicado em 30 abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 27 de março de 2021.

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **Apelação Cível 0702501-17.2019.8.07.0011**, Relatora: Desembargadora Maria Ivatônia, Quinta Turma Cível, unânime, data da publicação: 13/12/2021. Disponível em <[SISTJWEB\(tjdft.jus.br\)](http://SISTJWEB(tjdft.jus.br))>. Acesso em 30 de jan. 2022

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: **BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 135-154.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Estado de direito**. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Das constituições dos direitos à crítica dos direitos**. 2005, p.82

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

CHAPMAN, Jennifer E. Zhang, Mark Keywords. Arizona State University. School of Life Sciences. Center for Biology and Society. **Embryo Project Encyclopedia**.. Published on The Embryo Project Encyclopedia. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu>>. Acesso em 05 de setembro de 2022

CHAPMAN, Jennifer E., "York v. Jones (1989)". **Embryo Project Encyclopedia**. 2013. Disponível em: < <http://embryo.asu.edu/handle/10776/6279>>. Acesso em 05 de setembro de 2022

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo, Saraiva, 2000.

CHINELLATO, Silmara Juny . A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatário. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro-RJ, n. 32, p. 79–129, 2007. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Direitos da personalidade do nascituro**. In: *Revistado Advogado*, 1992.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / **Conselho Federal de Medicina** – Brasília, 2010

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.294. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS nº 466, de 12 de dezembro de 2012. **Ética na pesquisa científica envolvendo seres humanos**. Brasília-DF, 2012.

CONSTITUTIONAL LAW, v. 6, n. 2, p. 317–330, abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon001>. Acesso em: 18 setembro 2022.

CORRÊA, M. C. D.; LOYOLA, M. A. - **Tecnologias De Reprodução Assistida No Brasil: Opções Para Ampliar O Acesso**. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 25, p. 753- 777, 2015.

CORRÊA, Marilena Villela. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos sexuais e reprodutivos: Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: Berquó, E. (org.), **Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003, p.17-78.

CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares**, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em 24 de janeiro de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares**, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C n. 257. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em 24 jan. 2022.

COUTINHO, F. A.; MORTIMER E. F.; EL-HANI, C. N. **Construção de um perfil para o conceito biológico de vida**. Investigações em Ensino de Ciências, v.12(1), p. 115-137, 2007.

COUTINHO, Francisco Ângelo. **Construção de um perfil conceitual de vida**. 183 p. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Educação, 2005.

COUTINHO, Francisco Ângelo; MARTINS, Rogério Parentoni; VIEIRA, Marcos Costa. Contribuição da filosofia da microbiologia para fundamentar a zona relacional do perfil conceitual de vida. **Ensaio**, Belo Horizonte-MG, v. 14, n. 03, set-dez 2012, pp. 51-64. Disponível em <<https://libgen.ggfwws.net/book/73985359/56dd19>>. Acesso em 12 set. 2021.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021, p.104

DAVIS V. DAVIS, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). Disponível em:<[http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0\[30](http://scholar.google.com/scholar_case?q=Davis+v.+Davis&hl=en&as_sdt=806&case=17302847389043812781&scilh=0[30)>. Acesso em 05 de setembro de 2022.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. (2009). Cenário internacional da pesquisa em células-tronco. **Revista De Saúde Pública**. 2009, p.541–547. Disponível em<<https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>>. Acesso em 31 de jan. 2022.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. Feminismo: um movimento de vanguarda na bioética. **O que é bioética?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2002. 69 p.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Questões Jurídicas da Fertilização “in vitro”. **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**. Ano 1 - Vol 1- n.º 2 - Julho/2001

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. – 2ª. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando Os Direitos A Sério**. Tradução Nelson Boeira- 3º ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 p.297

ECHEVERRIA, Andréa de Quadros Dantas. A análise do processo de tomada de decisões das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos sob o enfoque do direito à vida. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília-DF, n. 35, set.-out. 2014, pp. 83-106. Disponível em:<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Public_Esc_AGU_n.35_v.1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2021.

EMMA AND ISABELLA LOUISIANA TRUST No. 1, et al v. Vergara, No. 2:2017cv01498 - Document 39 (E.D. La. 2017). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2017cv01498/194023/39/>. Acesso em 05 de setembro de 2022

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz; CHRISTOPOULO, Basile Georges Campos. Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (“Fertilização in vitro”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Pensar**, Fortaleza-CE, v. 23, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6749>>. Acesso em 15 nov. 2021.

EVANS V. UNITED KINGDOM, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary," **Cornell International Law Journal**: Vol. 40: Iss. 2, Article 9. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/9> Acesso em 04 de outubro de 2022

FÉLIS, K, ALMEIDA, R - **Perspectiva De Casais Em Relação À Infertilidade E Reprodução Assistida: Uma Revisão Sistemática**. Reprodução & Climatério, vol 31, pág. 105-111 2016. Disponível em: .Acesso em: 15 maio 2020.

FERREIRA, Maria Vitória Costaldello. O Controle Da Vida: Estatuto Do Nascituro, Direitos Reprodutivos E Biopoder. **Revista Direito E Justiça – Reflexões Sociojurídicas** – Ano XV– N° 24, p. 85-100 - Maio 2015. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tc.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1619>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

FERTILITY MEDICAL GROUP. **O Sucesso Das Gestações Quando Há Congelamento De Óvulos E Embriões**. 2017. Disponível em:<<https://fertility.com.br/noticias/congelamento-de-ovulos-e-embrioes-gestacao/>>. Acesso em 22 jan. 2022.

GJERRIS, Mickey. This Is Not a Hammer: On Ethics and Technology. In **The ethics of protocells: moral and social implications of creating life. In the laboratory**. Edited by Mark A. Bedau and Emily C. Parke. London England, Massachusetts Institute of Technology, 2009.

GOZZO, Débora. **Reprodução Humana Assistida E Autonomia Existencial Da Mulher**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Salvador, V. I N° 01, p. 23 a 42, jul-dez, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **Entre Facticidade e a Validade**. São Paulo. Editora Unesp. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **IBDFam**, 22 abr. 2007. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/290/novosite>>. Acesso em 20 jan. 2022.

HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do **CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fconpedi%2Fmanuel%2Farquivos%2FAnais%2Fsao_paulo%2F1878.pdf&clen=122264&chunk=true>. Acesso em 30 jan. 2022.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JANSEN, Nils. Los Fundamentos Normativos De La Ponderación Racional En El Derecho. In Jan- R Sieckmann (ed). **La Teoría Principialista De Los Derechos Fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy** _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011, p.58.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. “O critério do direito (o direito como técnica social específica”, “Validade e eficácia”, “A norma jurídica”. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 3 25/03 Positivismo jurídico: teoria estrutural ou funcional?

LEAL, Mirian Martins; OLIVEIRA, Karina Díaz Leyva de Oliveira, PARENTE, Priscila Batista Corrêa; SILVA. Gleiton Lima Araújo. José Carlos Quinaglia e Silva. Início da vida: uma visão multidisciplinar pautada na bioética. **Comunicação em Ciências da Saúde**, Brasília-DF, v. 29, n. 3, 2018, pp. 191-200. Disponível em <<http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/298/184>>. Acesso em 18 dez. 2021.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Do. **Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: . Data de acesso

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. Ano 9, no.29, 1996, p.121-146

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

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2016, cap. 2, p. 51-101 (até, inclusive, tópico V).

LUNA, Naara. A Personalização Do Embrião Humano: Da Transcendência Na Biologia. **Mana**, Rio de Janeiro-RJ, v. 13, n. 2, 2007, pp. 411-440. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/mana/a/9WhsL9nHNLK8HH35hpkrw9m/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 15 jan. 2022.

MARINHO, Ricardo; MENDONÇA, Hérica; AMORIM, Leci, PEIXOTO, Fábio; CALAZANS, Luciana. **Saiba como reduzir custos da fertilização in vitro doando óvulos**. Publicado em Fertilização In Vitro em 01/07/2016. Disponível em <<https://www.procriar.com.br/blogprocriar/saiba-como-reduzir-custos-da-fertilizacao-in-vitro-doando-ovulos/>>. Acesso em 31 de jan. 2022.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Privado E Policontextualidade: Fontes, Fundamentos E Emancipação**. Editora Lumen Juris. Rio De Janeiro, 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau **Autonomia Privada E Dignidade Humana**. Rio De Janeiro Renovar. 2009

MELO, Ana Cláudia Raposo; LIMA, Vinícius Machado de. Bioética: pesquisa em seres humanos e comitês de ética em pesquisa. Breves esclarecimentos. Disponível em <<http://www.efdeportes.com/>>. **Revista Digital** - Buenos Aires - Año 10 - N° 78 - Noviembre de 2004.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A Família E O Direito De Personalidade: A Cláusula Geral De Tutela Na Promoção Da Autonomia E Da Vida Privada. Texto Publicado No Livro **“Direito Das Famílias Por Juristas Brasileiras”**, Editora Saraiva. 2013.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família na constituição federal de 1988: uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade**. NEJ - Vol. 13 - n. 1 - p. 119-130 / jan-jun 2008

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Notas sobre a natureza jurídica do embrião humano e o marco inicial dos direitos de personalidade. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da**

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza- CE, v. 28, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 191-208. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11793>>. Acesso em 10 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.073065-5/001**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/2/3DD37931D6E6C8_acordao-fertilizacao-in-vitro-.pdf>. Acesso em: 27 setembro de 2022

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida** / Carlos Alexandre Moraes; coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NEVES, Gustavo Kloh Muller; COELHO, Maria Manuela dos Santos. Os embriões criopreservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-embrioes-criopreservados/>>. Acesso em 15 de agosto de 2022

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. Joana Chaves. Introdução, Cap. 1 e 2. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARECER CNJ151584. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=a&ficha=1&id=15437&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3o%20Paulo&numero=151584&situacao=&data=19-09-2018>. Acesso em 17 setembro de 2022

PATERMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução Marta Avancini. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovani. **Discurso pela dignidade do homem**. Giovanni Pico. Tradução, organização, introdução e notas Antonio A. Minghetti. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015.

PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Ministério das Relações Exteriores. **Direitos Humanos: atualização do debate**. Brasília: Bandeirantes, p. 39-44, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Os direitos reprodutivos como direitos humanos**. Buglione S, organizadora. Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Themis-Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo, Max Limonad, 1998;

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PONTELI, Nathalia Nunes; CURTI, Flávia Fernandes Alfaro; SILVA, Lucas Alessandro. **Políticas Públicas E Direitos Reprodutivos: entre a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação da experiência democrática**. 200?, 12p. I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo5/oral/51_politicas_publicas....pdf>. Acesso em: 03 setembro de 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, t. 1.

POSHER, Ralf. Aciertos, Errores Y Falso Autoconcepto De La Teoria De Los Principios. In Jan-R Sieckmann (ed). **La Teoria Principialista De Los Derechos Fundamentales**: estudos sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy _ Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.. San Sotero, Madrid. 2011

REANNEY D.C., ROBERTS W.P. AND KELLY W.J. **Genetic interactions among microbial communities**. In: BULL A.T. AND SLATER J.H. (Eds), Microbial Interactions and Communities., London, UK: Academic. Press, 1982. pp. 287–322.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA - REDLARA. **Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida de 1999: 10 años**. Disponível em<<https://redlara.com/registro.asp?MYPK3=Publica%E7%F5es%20adicionais>>. Acesso em 31 de jan. 2022

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Biodiversidade e Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999. Disponível em: < <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/b7bc49.pdf> >. Acesso em 02 de outubro de 2021.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**: Escritos filosóficos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. SOARES, Hugo Henry Martins de Assis; ROSA, Fernanda da Silva Vieira; COSTA, Lara Silva Brito. Aborto e direito à vida: (não) recepção do aborto em caso de estupro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 3, 2020, pp. 1345-1372. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1345_1372.pdf >. Acesso em 10 jan. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Bioética: Impacto Do Projeto Parental Na Escolha Do Filho**. Disponível em: < <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/33.pdf> >. Acesso em 11 de outubro de 2022

SÁ, Maria de Fátima Freire. MOREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade oncológica: reflexões normativas sobre o direito fundamental a procriação. In "**Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**". Organizado por Maria de Fátima Freire de Sá et all. Centro de Estudos em Biodireito (Cebid). Indaiatuba/ SP. Editora Foco, 2018.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça do Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplic ação do direito como maximum ético**. Belo Horizonte. Editora Del Rey Ltda, 2007.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

SCHRAMM FR. O uso problemático do conceito 'vida' em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética** 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/505/506. Acesso em 31 de jan 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 145-180.

SCHRÖDINGER, Erwin. **O que é vida?** O aspecto físico da célula viva seguido de Mente e matéria e Fragmentos autobiográficos. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: UNESP, 1997.

SCRUTON, Roger. **A alma do mundo.** Trad. Martim Vasques da Cunha. Rio de Janeiro: Record, 2017.

SILVA, Lara Alonso da. **Biovigilância em RHA** - Demandas Porvir. PRONÚCLEO: Associação Brasileira E Embriologistas Em Medicina Reprodutiva. Vol 1. abril 2020. Disponível em <<http://pronucleo.com.br/revista-eletronica/>>. Acesso em 30 de jan 2022.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Peter; KUSHE, Helga. **A Companion To Bioethics.** 2009, p. 70

SIQUEIRA-BATISTA Rodrigo, SCHRAMM Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro-RJ, v. 20, n. 3, mai-jun, 2004, p. 855-865. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/csp/a/vFdwMmVJCb7H6QNNry9V6j/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 12 set. 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - **Brasil Lidera Ranking Da América Latina Em Reprodução Assistida, Aponta Levantamento.** 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em: 13 out. 2021.

STANKOVIC, Bratislav. 'It's a Designer Baby!' - Opinions on Regulation of Preimplantation Genetic Diagnosis. **Ucla Journal Of Law & Technology**, [s. l], v. 3, p. 01-31, fev. Los Angeles 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1756573>. Acesso em: 03 abr. 2021.

STF - **ADI: 3512** ES, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro-RJ, n. 33, 2007, p. 155-177.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em 28 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A DISCIPLINA DA GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL NA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL. O presente trabalho foi publicado em **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ed. Padma. Vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004.

VALENTE, Fernanda. Juíza afasta regra e autoriza fertilização de mulher com óvulos doados pela irmã. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de junho de 2018. Ver notícia em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/juiza-autoriza-fertilizacao-mulher-ovulos-doados-irma>>. Acesso em 04 de outubro de 2022.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Fundo de População Unidas. 3ª edição. Brasília-DF, 2009.

XAVIER, Débora Regina De Souza. **Direito Sucessório Dos Embriões Excedentários**. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream>>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

YORK V. JONES, 717 F.Supp. 421 (E.D.Va. 1989). Disponível em:<[http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+\(E.D.Va](http://scholar.google.com/scholar_case?q=York+v.+Jones,+717+F.Supp.+421+(E.D.Va)

+1989).&hl=en&as_sdt=806&case=9091694349373236181&scilh=0>Acesso em 05 de setembro de 2022.

YOSHIDA, Alyssa. The Modern Legal Status of Frozen Embryos. **Hastings Law Journal**, volume 68, issue 3.

Instruções - Depósito de dissertação

Programa de Pós-graduação em Direito <mestradodireito@fadir.ufu.br>

Qua, 14/12/2022 15:00

Para: isadoramape@hotmail.com <isadoramape@hotmail.com>

 1 anexos (110 KB)

SEI_UFU - 4045165 - Ata de Defesa - Pós-Graduação.pdf;

Caríssima discente, boa tarde!

Em anexo enviamos sua ata de defesa, que deverá ser incluída no trabalho para a realização do depósito.

Link com as orientações para o depósito da dissertação, apenas após esse procedimento podemos dar prosseguimento à emissão do diploma:

<https://www.bibliotecas.ufu.br/servicos/entrega-e-submissao-de-tcc-teses-e-dissertacoes-no-repositorio-institucional>

Link com as instruções para solicitar a ficha catalográfica, caso ainda não tenha realizado esta etapa:

<https://www.bibliotecas.ufu.br/catalogacao>

Quando enviar o "Termo de autorização para publicação no RI UFU" para nosso email, não se esquecer de preencher o campo "assunto" e de escrever no corpo do e-mail mensagem que identifique o teor do documento encaminhado, bem como nomear o arquivo anexado.

Além disso, caso queira, a Revista da Faculdade de Direito da UFU abre a possibilidade para que os resumos de suas dissertações sejam publicados.

Para tanto, basta que, após a defesa e depósito da versão final, acessem o sítio eletrônico da Revista (<https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/about/submissions>) e submetam o resumo no item <Resumos de Dissertações e Teses>, preenchendo todos os metadados indicados.

Atenciosamente,
Rafael Momenté
Secretário PPGDI