

**PARADIGMA CONTEMPORÂNEO E OS
NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: SELEÇÃO
EMBRIONÁRIA**

**CONTEMPORARY PARADIGM AND
BIOJURIDIC LEGAL TRANSACTION: THE
EMBRYONIC SELECTION**

Juliana Carvalho Pavão*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduada em Direito em 2017 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: juliana.pavao@hotmail.com

** Doutora em Direito em 2010 pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito em 2004 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Especialista em Direito em 2002 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduada em Direito em 2001 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: rita.tarifa@gmail.com

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: Seleção Embrionária. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.244-271, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p244. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os negócios jurídicos passaram por diversas transformações ao longo dos tempos, nesse sentido, destaca-se que, antigamente, os acordos apresentavam apenas um aspecto patrimonial. Todavia, as tecnologias evoluíram e permitiram que as relações sociais se expandissem, envolvendo também aspectos existenciais. Nesse contexto, surgem negócios cujo objeto é o ser humano, os denominados negócios biojurídicos, conhecidos por alguns doutrinadores, mas despercebidos pela maioria da doutrina nacional. Diante disso, este trabalho busca analisar a possibilidade dessa nova categoria “negócios biojurídicos” para

os novos atos privados, observando se haveria algum benefício nessa categorização. Ademais, observa-se uma nova técnica médica, que é a seleção embrionária, a fim de ilustrar essa problemática. Assim, o trabalho utiliza o método dedutivo, iniciando o debate por meio dos negócios jurídicos, e tem como base diversos autores nacionais e internacionais relevantes sobre o tema.

Palavras-chave: Autonomia. Negócio biojurídico. Seleção embrionária. Tecnologia.

Abstract: Legal transactions have undergone several transformations over time. Until recent history, contractual agreements revolved around the topic of property rights. However, in our current era, technologies are rapidly evolving allowing social relations to expand, and consequentially existential issues are emerging beyond property rights. In this context, the rising modern legal transactions that have as its object humans are also increasing the number of “biojuridic businesses”. A few known legal scholars are tackling this relatively new phenomenon, but the legal world has yet noticed and debated this issue. Therefore, this paper examines the possibility of the following new category of legal transactions: “biojuridic business”, as a private act, questioning the usefulness of this categorization. In addition, new medical techniques, which is embryonic selection, are questioned in order to illustrate

the problematic of this study. Therefore, this work uses the deductive method, initiating the debate in the genre of legal transactions, basing itself on relevant national and international key-authors on the subject matter.

Key-words: Autonomy. Biojuridic business. Embryonic Selection. Technology.

INTRODUÇÃO

O direito civil passou por diversas transformações ao longo da história, o que foi causado pelas mudanças da autonomia e do negócio jurídico. Antes havia uma concepção clássica dos dois termos apresentados, contudo, com as mudanças sociais, superou-se esse paradigma, passando-se a uma visão contemporânea da autonomia e do negócio jurídico.

Além dessa mudança de paradigma, os avanços da tecnologia também trouxeram novas formas de acordos anteriormente nem imaginadas. Com isso, o presente trabalho busca estudar esses novos negócios, tendo em vista a superação do paradigma clássico, que excluiu a possibilidade apenas de negócios jurídicos patrimoniais, passando a existir também os negócios existenciais e situações jurídicas. Nessa seara e com novos procedimentos médicos envolvendo o ser humano, o presente trabalho tem como problemática questionar se a categorização de Rose Melo Vencelau Meireles de negócios biojurídicos deve ser adotada e se seria a melhor escolha, frente a novos negócios que surgiram.

Tendo em vista que esses pactos são recentes e poucos discutidos, é importante analisar se deveriam ser denominados negócios biojurídicos e por quais motivos, uma vez que quase nenhum autor trata desses casos, estudando-os como negócio jurídico no geral, nem sempre fornecendo a devida atenção a eles.

Assim, será estudada essa questão, analisando, primeiramente, a superação do paradigma clássico e a questão dos negócios jurídicos e da situação jurídica, para, posteriormente, observar o tópico do negócio biojurídico, abordado principalmente por meio de Rose Melo Vencelau Meireles, uma das pioneiras nessa nomenclatura.

Por fim, será apresentado um negócio jurídico que envolva o ser humano, isto é, a seleção embrionária, uma técnica que proporcionou melhoria na qualidade de vida para as futuras gerações. Essa técnica, assim como outros procedimentos médicos, é tão recente que o Direito ainda não conseguiu positivizar o assunto, havendo apenas normas do Conselho Federal de Medicina. Esses casos ocorrem e resultam, hoje, nos denominados “bebês medicamentos”, assim estão diante de uma situação jurídica.

Por esse motivo, será observada, ao final, a seleção embrionária como uma forma de negócio jurídico e como ele deve ser analisado sob a ótica de um negócio biojurídico e, principalmente, diante da falta de regulamentação.

O trabalho utilizará o método dedutivo, tendo como base obras de diversos autores nacionais e internacionais, destacando, nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meireles, Pietro Perlingieri, Noemi Lidia Noemi Nicolau e Everton Willian Pona.

Após essa introdução, deve-se iniciar o estudo primeiramente pelo paradigma clássico para compreender como ele foi superado pelo paradigma contemporâneo.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E SITUAÇÃO JURÍDICA

Desde o passado, o homem realiza negócios para adquirir bens desejados, começando desde o escambo até a compra e venda de mercadorias. Em razão disso, sempre houve uma preocupação no âmbito jurídico com a questão patrimonial, uma vez que a maioria das relações ocorriam nesse contexto.

Entretanto, em decorrência das mudanças sociais que

repercutiram no meio jurídico, o direito tratou dessas relações de diferentes formas, não apenas na forma do tratamento da matéria patrimonial, mas também com os novos vínculos existentes. Diante disso, deve-se inicialmente analisar a questão da autonomia nas relações privadas, para se compreenderem os novos paradigmas do direito civil na atualidade.

Conforme apresentado, desde muito tempo, o homem realiza negócios com outros particulares, fato decorrente de sua autonomia. Esta tem sua origem na Antiguidade (RODRIGUES JUNIOR, 2004), no sentido de ser a capacidade da pessoa de gerir a sua vida. Esse termo é resgatado novamente pela Revolução Francesa, movimento que buscou retirar o poder das mãos do soberano e passá-lo para o Estado Liberal, tendo como lema principal a liberdade e a igualdade (PONA, 2015).

Em face disso, as relações privadas passaram a se basear na autonomia da vontade, que é “poder reconhecido à vontade dos particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções” (PAGE apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119).

Logo, nesse período, os particulares passaram a ter ampla liberdade para realizar seus negócios jurídicos, não podendo o Estado intervir nessas relações. Este apenas deveria se ater às questões de natureza pública. Obviamente, essa situação se deu em decorrência do desejo da burguesia de não ser mais submissa à vontade do monarca.

Nesse contexto, as relações entre os particulares constituíam-se nas denominadas relações jurídicas, que tradicionalmente são constituídas no vínculo entre duas pessoas, sujeitos de direito, sendo que uma das partes detém um direito subjetivo e a outra tem um dever (AMARAL, 2014, p. 207). De forma ilustrativa, a relação jurídica pode

ser compreendida como uma forma piramidal, havendo um credor com um direito subjetivo, um devedor com uma obrigação e o objeto. Assim, dessa relação, decorrem os direitos subjetivos, elementos centrais para a existência do vínculo. Os direitos subjetivos correspondem a permissões fornecidas à pessoa para exercer algo previsto no direito objetivo (DINIZ, 2012, p. 27). Dessa forma, há uma relação de dependência entre o direito subjetivo e o direito objetivo.

De tal sorte, a noção de negócio jurídico foi entendida “como uma conjunção de vontades bilateral ou unilateral” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Isso porque o negócio jurídico apresenta os efeitos desejado pelos particulares. Disso, nota-se a base do negócio era a autonomia da vontade e a força obrigatória (MARQUESI; MARTINS, 2016), significando que os negócios eram formados pela vontade das partes, e deveria ser aplicado estritamente o que estava previsto, não cabendo julgar ou interpretar o conteúdo.

No Brasil, o Código Civil de 1916 seguiu esse modelo napoleônico, sendo um código focando apenas nos aspectos individualista e voluntarista, o que resultou na sua denominação de Constituição do direito privado (TEPEDINO, 2004), porque, conforme já tratado, era a base do direito civil, que estava rigidamente separado do direito público. Assim, esse código é marcado pelo caráter patrimonial e voluntarista, ignorando-se as normas de ordem pública.

Todavia, com o decorrer do tempo, notou-se que esse modelo de Estado Liberal e a não intervenção do Estado nas questões de ordem privado, pretendendo a separação em duas esferas, eram falhos, isso porque proporcionaram relações desiguais entre os particulares (PONA, 2015). Diante disso, houve o declínio do Estado Liberal e a ascensão do Estado intervencionista, limitador das relações entre os particulares.

Portanto, em um primeiro momento, o legislativo tentou conter essas relações desiguais que se organizaram na forma de leis extracodificadas, buscando tornar as relações harmônicas (TEPEDINO, 2004). Nesse período, houve no Brasil a publicação da Lei do Inquilinato, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros. Além dessas novas regulamentações, o Estado também trouxe a mudança da concepção de autonomia, passando a ser autonomia privada.

Destarte, a autonomia privada é o poder concedido ou reconhecido pelo Estado ao indivíduo para regular suas relações, respeitando os limites impostos pelo Estado (PERLINGIERI, 2002). Estes se apresentam ou na forma de normas jurídicas, como nos casos de anulação de negócio jurídico por vício, ou em caso de alguém absolutamente incapaz de realizar negócio se não estiver representado (BRASIL, 2002), ou por princípios como a boa-fé e a função social dos contratos ou da propriedade.

Com a mudança que ocorreu na regulamentação das relações privadas, obviamente o conceito de negócio jurídico também mudou, passando a ter o conceito contemporâneo de ser “mecanismo de cooperação interpessoal e de respeito aos interesses públicos, que são irradiações, respectivamente, da boa-fé objetiva e da função social” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Assim, nota-se que, a partir desse momento, o negócio não é mais visto como meramente um instrumento de exercício da vontade individual, mas sim como um instrumento que pode influenciar nos aspectos coletivos e deve respeitar o interesse público.

Tendo como base essa mudança na definição do negócio jurídico e a mudança da autonomia, percebe-se que o paradigma clássico decorrente da Revolução Francesa foi superado, passando a existir o

paradigma contemporâneo que rege as relações atuais.

Ademais, com essa mudança, ocorreu um processo de constitucionalização do direito privado, cujo centro passou a ser a Constituição Federal, sendo que o Código Civil deveria respeitá-la (TEPEDINO, 2004). Além disso, o aspecto patrimonial das relações teve de ceder espaço à análise do aspecto existencial, com a máxima constitucional de dignidade da pessoa humana; agora o ser humano está no centro da relação (TEPEDINO, 2004) e deve analisar em primeiro plano o ser em detrimento do ter.

Todavia, tratar apenas de autonomia privada ainda é muito restrito, tendo em vista que a autonomia se relaciona à questão patrimonial em sua origem (PRATA, 1982). No mais, as tecnologias evoluíram a um ponto em que se tornou possível manipular a vida e os elementos do ser humano que antes não eram possíveis, assim alguns autores¹ apresentam a autodeterminação. Esta é o poder da pessoa de gerir seus interesses de forma livre (RIBEIRO, 1999). Por isso, quando se fala em interesses, envolvem-se questões tanto patrimoniais como existenciais. Dessa forma, a autodeterminação consiste em uma ampliação da autonomia privada (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Assim, nesse período a ideia de negócios jurídicos se ampliou e, então, deve compreender a noção de negócios jurídico patrimonial e existencial, decorrente das mudanças tecnológicas que permitiram existir negócios não apenas focados no quesito econômico. Nesse sentido deve-se entender que os negócios jurídicos patrimoniais têm presença no contexto jurídico desde épocas antigas e pode ser conceituado como

¹ Alguns autores que tratam do termo “autodeterminação” são Everton Pona, Rose Melo Vencelau Meireles, Joaquim de Sousa Ribeiro e Otávio Luiz Rodrigues Junior. Outros autores, como Francisco Amaral, apenas realizam a separação entre autonomia da vontade e autonomia privada.

“aqueles que visam o lucro” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Diante disso nota-se que esse tipo de negócio tem como elemento central a lucratividade, é o caso por exemplo dos contratos de compra e venda de imóvel.

Contudo, houveram transformações nos tipos de contratos existentes, frente aos avanços tecnológicos, assim surgiram negócios que não tinham como objeto central a lucratividade, passando a englobar aspectos essenciais do ser humano. Esses negócios passaram a ser denominados de negócios existenciais e tem como objeto o “mínimo existencial das pessoas, o que lhes confere o caráter de essencialidade, no sentido de que acessam bem jurídicos fundamentais como a liberdade, a honra, a moradia, a educação etc.” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Assim, contratos envolvendo a saúde e a educação, por exemplo, apresentam o aspecto existencial mais latente, o que os torna contratos existenciais.

Apesar dessa classificação entre existenciais e patrimoniais, nota-se na seara existencial esses negócios tem se diversificado, surgindo pactos que envolvem o ser humano tanto no seu aspecto físico como psíquico. Dessa forma seriam formas de negócios existenciais, todavia dotados de características únicas e mais complexas que os diferenciam completamente de contratos envolvendo moradia ou educação, por exemplo. Frente a isso, uma doutrinadora criou o termo “negócio biojurídico” para tratar dessas situações, sendo uma espécie do gênero negócio existencial. Diante dessa nova categoria, o trabalho irá analisar mais adiante se haveria necessidade ou não de manter uma categoria específica para os negócios que envolvam o ser humano como um todo.

Além da mudança do conceito de autonomia e de negócios jurídicos, com a grande evolução dos ramos tecnológicos, o ordenamento

jurídico não conseguiu acompanhar todas essas mudanças, e novas relações, que não se enquadravam no conceito clássico de relação jurídica, passaram a se formar. Diante desse contexto, o conceito de relação jurídica entra em declínio e passa a haver também a noção de situações jurídicas.

A situação jurídica apresenta como centro um interesse juridicamente relevante (PERLINGIERI, 2002, p. 106) e consiste na ação de uma pessoa que talvez não tenha um direito objetivo previsto, mas se concretiza por meio da autonomia, cujo efeito é um interesse. Assim, não há mais a configuração piramidal das relações entre sujeitos, mas sim uma relação entre centros de interesses juridicamente relevantes. Esses centros de interesses não podem ser definidos apenas como situações de vantagem ou desvantagem (SOUZA, 2015), sendo mais profundos e complexos do que isso, pois envolvem direitos, deveres, ônus, entre outros. Somado a isso, esse novo conceito apresenta um caráter mais abrangente do que as relações jurídicas, por envolver tanto estas como direito subjetivo, direito potestativo, poder jurídico (SOUZA, 2015), entre outros.

Quanto a seu objeto, as situações jurídicas podem ser patrimoniais ou existenciais/extrapatrimoniais (PERLINGIERI, 2002, p. 106), e também podem ser mistas, quando englobarem essas duas características (BORGES, 2016). Primeiramente, as situações jurídicas patrimoniais atuam sobre a regulamentação de interesses econômicos (BORGES, 2016), podendo destacar-se as envolvendo propriedade, crédito e empresa (PERLINGIERI, 2002, p. 106). Já as situações jurídicas existenciais têm como objeto o próprio ser humano (BORGES, 2016), podendo ser tratadas também como os direitos da personalidade (PERLINGIERI, 2002, p. 106). Essas situações têm proteção constitucional com base na

dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 2016).

Sobre as situações jurídicas existenciais, deve-se compreender bem que elas envolvem o ser humano como um todo, seja em seu aspecto físico, seja em seu aspecto psíquico, manifestando toda a personalidade do ser humano (PONA, 2015, p. 191). Assim, nesses casos, o indivíduo tutela seus próprios interesses, com relação ao seu corpo, à sua identidade, entre outros (PONA, 2015, p. 191). Pode-se ilustrar como exemplo desse tipo de situação a diretiva antecipada de vontade, a reprodução assistida, entre outros.

Contudo, conforme já salientado, essas situações nem sempre apresentam normas jurídicas a respeito, tendo como base para sua formulação a autonomia privada e a autodeterminação dos indivíduos. Todavia, por tratarem especificamente do ser humano, elas devem sempre resguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não podendo apresentar nenhuma disposição capaz de ferir esse aspecto intrínseco do homem. Além desse limite geral constitucional, hoje é considerado um desafio do Estado equilibrar a permissão do exercício dessas situações com os limites de interferência (PONA, 2015, p. 193). Alguns casos apresentam limites previstos em normas legais, como a doação de órgão, que já está condicionada à existência, em caso de doação em vida, de órgão dúplices e que não causem uma diminuição permanente na qualidade de vida. Apesar disso, nem todos os casos apresentam regulamentação ou limitação a respeito.

Posto isso, muitas situações jurídicas cujo objeto é o ser humano e suas partes destacáveis são formalizados como negócios jurídicos, a exemplo de um contrato de reprodução assistida ou de um contrato entre médico e paciente para a seleção de um embrião. Esses novos negócios são apresentados, por alguns autores, como uma categoria própria, de

modo que será analisado a seguir se ela deve ou não ser adotada.

2 NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Os avanços das tecnologias trouxeram como consequência as novas formas de manipular a vida. Então, essas mudanças da ciência possibilitaram que fossem realizados novos negócios jurídicos, como o contrato de armazenamento do sangue do cordão umbilical, o contrato de reprodução assistida e o contrato de disposição do material genético, que não estão previstos no Código Civil. Rose Melo Vencelau Meireles trata desses negócios como negócios biojurídicos, por isso, realiza-se a indagação deste trabalho: esse termo estaria correto ou deveria ser considerado um negócio jurídico segundo a teoria geral, sem a mudança de categoria? Além disso: há alguma utilidade nessa nova terminologia?

O primeiro ponto a ser observado é: com as mudanças sociais dos últimos anos, surgiram novas situações jurídicas. Nesse contexto, os negócios biojurídicos estão relacionadas às situações jurídicas existenciais, porque envolvem o ser humano tanto em seu aspecto físico como em seu aspecto psicológico, e a personalidade do ser humano (PONA, 2015). Assim, há essas situações quando envolvem os interesses da pessoa em relação ao seu corpo, de modo que eles estão sendo materializados na forma de negócios como, por exemplo, a diretiva antecipada de vontade e o contrato de reprodução assistida.

Diante da complexidade e especificidade do assunto desses negócios, Rose Melo Vencelau Meireles (2016) denomina-os negócios biojurídicos, cujo objeto central é a saúde e o corpo do agente. Essa categoria não é tratada por muitos autores, no entanto, Everton William Pona (2015), por exemplo, ao analisar a diretiva antecipada de vontade,

define-a como um negócio jurídico, utilizando a terminologia de forma mais genérica e comumente empregada.

Todavia, deve-se entender que igualar esses negócios ao termo genérico estaria desconsiderando a complexidade do assunto. O Código Civil de 2002 trata do negócio jurídico na parte geral da norma. Em face disso, nota-se que apresenta normas amplas sobre a questão, não impedindo que houvesse normas específicas para determinados casos. Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 119), tendo em vista a localização dos negócios jurídicos no Código Civil e sua função de criar normas gerais, “não significa que não possam ser excepcionalmente afastadas para ceder lugar a normas mais apropriadas para situações jurídicas específicas”. Logo, conclui-se que, estando o negócio jurídico na parte geral do Código, ele tem função em situações tanto patrimoniais como extrapatrimoniais.

O negócio jurídico é constituído pela manifestação de vontade. Assim como a vontade sofreu transformações ao longo da história, a possibilidade de um negócio apenas centrado na individualidade também mudou, portanto “não é demais propugnar pela possibilidade de existirem negócios jurídicos existenciais” (MEIRELES, 2009, p. 122).

A despeito disso, uma questão essencial na utilização dessa nova categoria refere-se ao fato de tornar evidente que nem todas as normas aplicáveis aos negócios patrimoniais incidiriam também nos negócios biojurídicos. O artigo 111 do Código Civil, por exemplo, que prevê o silêncio como anuência em casos em que não é necessária a manifestação de vontade, não deve ser aplicado estritamente a esses negócios de natureza existencial. Isso porque poderá resultar na possibilidade de empresas de saúde, após um tempo, poderem impor como costume o silêncio do paciente como uma manifestação da vontade da pessoa que

estará incapacitada (NICOLAU, 2003).

Dessa forma, torna-se evidente a necessidade de os negócios serem categorizados, a fim de evitar a aplicação errônea de dispositivos incompatíveis e também de conceder melhor interpretação dos negócios à luz dos princípios constitucionais. Conforme Noemi Lidia Nicolau (2003, s/p) afirma: “Si em el Código civil estuvieran las claves de los negocios jurídicos personalísimos, sólo serían necesarias para regular los aspectos administrativos y penales.”

Nesse viés, Noemi Lidia Nicolau (2003) também defende a ideia de categorização desses negócios como “negócios jurídicos personalíssimos”, criticando a ausência de regras sobre eles. A autora frisa a importância da presença dos direitos da personalidade nesses atos e afirma, sobre os direitos da pessoa quanto ao próprio corpo, que não deve ser apresentado de forma estática, devendo existir normas básicas.

Porém, deve-se destacar que os negócios jurídicos personalíssimos equivalentes aos negócios biojurídicos tratados acima não são semelhantes aos negócios pessoais apresentados por Carlos Maluquer de Motes (1993). Segundo o autor, os “negocios personales” (MOTES, 1993) são os que versam sobre a esfera pessoal do sujeito e têm como característica a exclusão da autonomia da vontade, envolvendo, assim, situações como adoção e emancipação. Com isso, nota-se que o autor não trata dos casos que envolvem as novas tecnologias, isso deve decorrer do fato da época da obra, todavia não podem ser considerados como sinônimos, assim, este trabalho manterá a visão adotada pela autora Rose Vencelau Meireles.

Um exemplo de negócio biojurídico é o de armazenamento do material genético em uma clínica. Muitas pessoas optam por congelar seus óvulos e espermatozoides em clínicas, caso desejem ter filhos no futuro,

uma prática incentivada em algumas empresas. Esse ato ocorre, então, por meio de um contrato de depósito com as seguintes características:

[...] a obrigação do depositário é a de guardar as células reprodutoras nas melhores condições científicas disponíveis, assecuratórias da manutenção de sua funcionalidade. E a devolução far-se-á ao depositante ou, em caso de morte do doador, à viúva ou, em concordando esta expressamente, à beneficiária para tanto especificamente, e expressamente indicada, em disposição de última vontade (caso, pois, de ‘inseminação artificial por terceiro’, doador estranho, conhecida internacionalmente pela sigla IAD) (FERRAZ, 1991, p. 53).

Dessa forma, observa-se que esse corresponde a um caso de contrato de depósito, no entanto, com características próprias que difere muito do contrato previsto no Código Civil. No ordenamento jurídico, o depósito é tratado como a entrega do “bem móvel”, contudo o material genético apresenta divergência se seria um bem móvel, portanto o melhor seria considerá-lo uma parte destacável do corpo. Ademais, o caso de inadimplência ou descumprimento por uma das partes acarreta consequências mais severas, uma vez que fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, tratar desse contrato de forma genérica como um negócio jurídico corresponde a uma leviandade, devendo ser observado de forma mais complexa.

Posto isso, existem os negócios jurídicos como objeto envolvendo o ser humano, contudo eles devem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. A questão da categoria começa a ser discutida principalmente por Rose Melo Vencelau Meireles (2009) e, apesar de ser uma questão meramente terminológica, é importante ser

considerada, tendo em vista que esses negócios apresentam a incidência de princípios mais específicos e direitos da personalidade, assim têm um enfoque maior na dignidade.

3 SELEÇÃO EMBRIONÁRIA COMO FORMA DE NEGÓCIO BIOJURÍDICO

A seleção embrionária consiste na escolha dos “melhores” embriões para serem implantados no útero da mulher, assim, é necessário realizar a fecundação *in vitro* primeiramente e, depois, em laboratório, observar quais são os embriões desejados para gerar a criança. Essa técnica é muitas vezes cumulada com o diagnóstico genético pré-implantacional, que diagnosticará quais embriões são afetados por genes causadores de doenças graves dos outros embriões e, então, implanta os embriões “saudáveis” (NOGUEIRA FILHO, 2009). Essa técnica laboratorial, além de permitir a geração de uma criança sem determinada doença, também torna desnecessário utilizar métodos mais invasivos como o diagnóstico pré-natal com a amniocentese ou biópsia de vilosidade coriônica (NOGUEIRA FILHO, 2009).

Ademais, essa técnica é utilizada hoje em dia para gerar os denominados “bebês medicamentos”, ou *savior siblings*, ou bebê salvador. Essa criança é gerada por meio de um embrião selecionado, utilizando o diagnóstico genético pré-implantacional para salvar a vida do irmão mais velho que está doente (MAROJA; LAINÉ, 2011). Esses casos ocorrem quando um casal teve um primeiro filho com uma doença genética grave e necessita de um tratamento com base nas células-tronco, tendo em vista a dificuldade de encontrar um doador compatível. Com isso, os pais optam por ter um segundo filho utilizando essas técnicas médicas a fim de que

ele não tenha o gene da doença e tenha compatibilidade no sistema HLA (relacionado às células-tronco) com o irmão (MOYANO, 2016). Dessa forma, quando a criança nasce, geralmente, as células-tronco do cordão umbilical são coletadas e aproveitadas no tratamento do primeiro filho. Caso a quantidade de células-tronco do cordão não seja suficiente, partirá para uma técnica mais invasiva, como a coleta das células adultas.

O caso em questão trata-se nitidamente de uma situação jurídica existencial, uma vez que envolve a própria personalidade. Apesar de envolver um embrião, deve-se entender que a personalidade não é exclusiva do ser humano, englobando também o embrião, assim como a dignidade (ESPOLADOR, 2016). Assim, essas técnicas devem ser lidas tendo como intuito o respeito aos direitos fundamentais resguardados na Constituição.

Sobre os embriões, deve-se considerar primeiramente que “os embriões humanos *in vitro* participam de um projeto parental. É este o seu estatuto biológico e ético e é por ele e nele que devem ser protegidos, com autonomia e responsabilidade.” (ESPOLADOR, 2016, p. 160). Diante disso, é importante observar que o embrião, tendo em vista a sua expectativa de ser tornar um ser humano, é uma vida em potencial, por isso deve ser protegido. Ademais, há o planejamento no seio da família para que esse embrião se desenvolva e resulte em uma criança, o que corrobora o entendimento de ele fazer parte da própria família.

Com essa consideração do embrião como membro da própria família e a afirmação de que ele detém direitos fundamentais, deve-se analisar, então, o princípio fundamental, de todo o ordenamento jurídico, para essa situação. A dignidade da pessoa humana representa uma cláusula aberta e um fundamento máximo do Estado Democrático de Direito; tendo em vista aquela característica, ela não está limitada a um

número de hipóteses, sendo enquadrada de acordo com o surgimento e o aparecimento das situações. Diante disso, o embrião detém dignidade (ESPOLADOR, 2016), pois representa uma nova situação antes impossível e representa um futuro ser humano. Portanto, modificações envolvendo o embrião devem ser respaldadas no princípio da dignidade.

Após o exposto, pode-se notar que os casos de seleção embrionária e, mais especificamente, os “bebês medicamentos” são casos recentes da medicina, representando situações jurídicas existenciais e, como tais, não têm um direito objetivo presente. Em face disso, elas são realizadas na forma de negócios entre os futuros pais e o médico, que deve realizar os procedimentos adequados.

A seleção embrionária não apresenta regulamentação específica no direito brasileiro, uma vez que o Código Civil e a Lei de Biossegurança se omitem sobre esses casos. Pode-se entender que essa omissão legislativa decorre da atualidade do assunto e da incapacidade do Direito de acompanhar todas as mudanças que a sociedade enfrente. Talvez uma mudança muito ágil por parte do Direito poderia conduzir uma conduta leviana e precipitada nos assuntos envolvendo seres humanos e suas manipulações, por serem temas complexos que às vezes não apresentam suas consequências bem definidas ainda. Assim, para esses casos, é muito importante analisar como o Conselho Federal de Medicina os aborda, porque apresenta, nesse primeiro momento, maior domínio sobre o assunto e, diante disso, poderia analisar as ferramentas que o Direito pode utilizar nesses casos.

O Conselho Federal de Medicina apresenta resoluções que orientam as condutas médicas, assim, os médicos devem seguir essas orientações sob pena de sofrerem um processo administrativo perante seu órgão de classe. O caso do “bebê medicamento” está disposto na

Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, contudo não se utiliza o termo “bebê medicamento”², tratando-o como diagnóstico genético pré-implantacional, com isso, observando os dispositivos, é possível deduzir que se trata do “bebê medicamento”. Segundo a Resolução, é autorizado realizar o diagnóstico quando houver a possibilidade de ter um gene causador de uma doença. Ademais, o Conselho autoriza selecionar embriões com o sistema HLA compatível com algum filho do casal, para posteriormente realizar o transplante de células-tronco (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Dessa forma, esses procedimentos estão autorizados pelo Conselho. Já há uma resolução do órgão nesse sentido, apesar de bem simples. Diante da existência de manifestação do órgão médico, é necessário, nesse momento, uma regulamentação por parte do Legislativo, tendo em vista que, no viés médico, a questão já foi resolvida, resta ao Direito realizar as ponderações com base nos valores do Estado Democrático de Direito.

Afirma-se que a Resolução é muito simples porque, comparada com outros países, poderia ter sido mais específica quanto às doenças que poderiam ter no embrião e também quanto aos fatores sobre o casal, como a vontade de ter outro filho, para que não haja a geração de uma criança com o único fim de salvar o primeiro filho. Além disso, seria interessante um trabalho com diversos profissionais para preparar o casal a essa situação, até o caso de sua falha, tendo em vista que se trata de um procedimento médico com possibilidade de insucesso.

Nesse contexto, é interessante citar a previsão portuguesa sobre

2 O termo “bebê medicamento” está presente em artigos médicos e matérias de jornais. O Conselho Federal de Medicina não utiliza essa terminologia, contudo a descrição do procedimento refere-se a esses casos.

esses casos. Em Portugal, existe uma Lei³ que autoriza a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional e cria um órgão denominado Conselho de Procriação Medicamente Assistida para fiscalizar e regulamentar diversos casos envolvendo as técnicas de reprodução assistida. Assim, esse Conselho emite resoluções que prevê como deve ocorrer o procedimento, sendo um ponto interessante a ser observado a necessidade de o casal requerer uma autorização perante o órgão para realizar a técnica, além do fato de que já consta uma lista de doenças pré-autorizadas para que não seja necessário requerer uma autorização antes do tratamento. No mais, o órgão apresenta uma série de questões a serem analisadas pelo médico, como o desejo do casal de ter outro filho independentemente da doença do primogênito.

Diante disso, pode-se observar que Portugal apresenta uma regulamentação muito mais detalhada em relação ao caso brasileiro e também tem uma legislação que prevê a possibilidade de geração dessas crianças, desde que sigam o determinado pelo Conselho.

Assim, é muito importante a discussão e limitação de forma legal, pois, caso não haja alguma forma de controle, essas seleções poderão caminhar para a eugenia. Esta é a escolha genética de caracteres. Analisada de forma isolada, até pode parecer que não encontra efeitos negativos, todavia não se deve iludir quanto ao assunto. A escolha de caracteres de forma desenfreada gera uma perda da identidade individual, quando alguém é gerado tendo em vista a vontade e o que outra pessoa considera melhor (HABERMAS, 2004, p. 86).

Interessante citar a comparação realizada por Jürgen Habermas

3 Em Portugal, a Constituição garante “a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica” (ASCENSAO, 2003). Isso mostra que a lei suprallegal lusitana já se preocupa com os avanços tecnológicos e como eles podem afetar o ser humano.

(2004, p. 85-87) sobre educação e seleção genética no caráter de aperfeiçoamento. Na educação, a criança é condicionada pelos ensinamentos realizados pelos outros, contudo, posteriormente, ela poderá questioná-los e mudar o que entende ser correto, assim, há a possibilidade de reflexão e mudança.

Porém, quando há uma mudança genética, não há a possibilidade de questionamento, mudança e compreensão por parte da criança que rejeita essa seleção, ela fica restrita ao desejo de seus pais. Por isso, essa criança está condicionada a uma situação irreversível que ela não pode compreender e não poderá ser o “autor único da sua vida” (HABERMAS, 2004, p. 87). Com isso, é muito importante que haja uma limitação dessas técnicas para que não rume esse sentido.

Jürgen Habermas (2004) também afirma que hoje, com o diagnóstico genético pré-implantacional, é difícil estipular uma fronteira entre os caracteres genéticos indesejados e a melhoria dos já existentes. Portanto, é essencial que haja o diálogo, que as pessoas discutam essas mudanças, a fim de que, no futuro, não tomem rumos indesejados e regulamentem-se as questões (HABERMAS, 2004).

Nesse sentido, transportando esses pensamentos para o contexto brasileiro, frisa-se que, nesse momento, exista uma discussão quanto aos casos dos “bebês medicamentos” porque o Conselho Federal de Medicina já se posicionou, mas de forma simplista. É necessária, pois, uma maior discussão envolvendo o legislativo, para que a questão fique devidamente regulamentada, nem que seja determinado que um órgão criará regulamentações específica, mas que esses casos entrem em discussão e a população se manifeste, pois os avanços ocorrem e, sem um devido diálogo, eles ocorrerão de forma desenfreada.

A preocupação com as questões éticas envolvendo os “bebês

medicamentos” e outras formas novas desenvolvidas pela medicina, como a intervenção no genoma, têm despertado duas atitudes nas pessoas: a primeira, de buscar cada vez mais as inovações, e a segunda, de maior receio e preocupação com as consequências (ASCENSÃO, 2003). Na visão de José Ascensão, tais condutas não são antagonônicas e permitiram a criação do princípio da precaução que visa impedir que o avanço gere consequências irreparáveis. Posto isso, torna-se mais evidente a preocupação e atenção que se deve ter com esses negócios, em função das consequências que os podem gerar.

Após essa breve apreciação da regulamentação médica do caso, deve-se observar, conforme já salientado, que a seleção embrionária e o caso dos “bebês medicamentos” não contêm normas jurídicas específicas. Todavia, devem ser realizados tendo como base um contrato de reprodução assistida, que representa um contrato de prestação de serviço no qual o médico deve selecionar o embrião desejado pelo casal e implantá-lo na mãe; a única diferença com o método da reprodução assistida refere-se ao fato de ter que ocorrer a seleção de um embrião com determinadas características.

Diante disso, nota-se que, no âmbito jurídico, esse caso é realizado na forma de um negócio que tem como parte os pais e o médico e seu objeto é a geração de um ser humano. Essa particularidade já se diferencia totalmente dos negócios jurídicos tradicionais, porque era descabido um negócio jurídico cujo objeto é o ser humano. Contudo, graças às mudanças na área da medicina, isso já é possível.

Não analisando mais o aspecto ético do caso, mas observando unicamente o conteúdo jurídico, nota-se, conforme exposto anteriormente, que se trata de um negócio biojurídico, como esse tipo deve seguir as normas gerais dos negócios e mais um enfoque para a dignidade da

pessoa humana.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, pode-se analisar que, no direito civil, houve uma superação do paradigma clássico, o qual compreendia que os negócios jurídicos tinham como base a autonomia da vontade e a força obrigatória. Assim, nesse período, o que estava previsto nos contratos era considerado lei entre as partes e esses negócios eram formados com fundamento na vontade dos contratantes, não havendo qualquer limitação dessa liberdade.

Todavia, esse modelo não prosperou, devido à constatação de que uma falta de limitação gerava relações desarmônicas. Assim, esse paradigma foi substituído pela visão contemporânea, que apresenta como entendimento que os negócios jurídicos devem ser limitados pelo Estado, tendo a parte um campo de atuação definido pelo órgão estatal. Portanto, a autonomia aqui é denominada autonomia privada.

Além dessa mudança na autonomia e nos negócios, os avanços científicos possibilitaram novas técnicas envolvendo o ser humano. Também com os movimentos sociais, houve a necessidade de se ampliar a noção de autonomia privada, porque o ser humano não deseja regulamentar apenas questões patrimoniais, mais todo o seu interesse, assim, hoje se fala em autodeterminação como a capacidade da pessoa de gerir os seus interesses.

Nesse contexto, surgem negócios jurídicos que não têm como matéria a questão tratada nos códigos, mas sim o ser humano. Esses negócios passam a ser denominado negócios biojurídicos. Essa categoria é possível de ser adotada e também importante, porque, primeiramente,

os negócios jurídicos no Código Civil constituem normas gerais, podendo haver negócios de cunho existencial, tendo em vista a sua especialidade. E, segundo, a denominação diferenciada desses negócios, tem como objetivo destacar que eles se diferenciam dos demais negócios jurídicos, devendo ter mais atenção que aqueles, pois envolvem o ser humano, sua personalidade e, conseqüentemente, sua dignidade.

Posto isso, um exemplo de negócio biojurídico é o de seleção embrionária para a geração dos “bebês medicamentos”. Eles são casos recentes que merecem destaque tendo em vista a geração de uma nova criança e seus direitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**- Introdução. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenção no genoma humano. Validade ético-jurídica. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 63, v. 1, abr. 2003. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2003/ano-63-vol-i-ii-abr-2003/artigos-doutrinais/jose-de-oliveira-ascensao-intervencoes-no-genoma-humano-validade-etico-juridica/>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e críticas à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121#search="reprodução assistida"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121#search=)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantado: a autonomia corporal. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

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

FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINE, Agnès. Esperando o Messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, Barbacena, v. 9, n. 17, p. 571-587, dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200005>. Acesso em: 4 out 2017.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado.

Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

MOTES, Carlos Maluquer. **Derecho de la persona y negocio jurídico**. Bosh: Barcelon, 1993.

MOYANO, Loreto María Garcia et al. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. **Revista de Bioética y Derecho**, Baelona, n. 36, p. 55-66, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15376>>. Acesso em: 4 out 2017.

NICOLAU, Noemí Lidia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileiro. **Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Modena, v. 16, 2003.

NOGUEIRA FILHO, Luiz Nódgi. Estatuto ético do embrião humano. **Bioethikos**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 225-234, 2009. Disponível em: <<http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/71/225-234.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.**

Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada.**

Curitiba: Juruá, 2015.

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

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

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: Seleção Embrionária. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.244-271, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p244. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/02/2018.

Aprovado em: 23/05/2018.