

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Érica Teixeira¹

Simone Letícia de Sousa Caixeta²

RESUMO: A pesquisa exposta objetiva debater a problemática entre as mudanças introduzidas pela procriação assistida no âmbito familiar e o vazio legal acerca do assunto. Para tanto, investigou-se a opinião de diversos segmentos da sociedade e também o alcance e a eficácia das normas jurídicas e deontológicas existentes no Brasil. Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa de campo, constituída por um teste objetivo respondido por pessoas de diversos níveis socioeconômicos. Utilizou-se ainda da pesquisa teórica, na qual realizou-se uma revisão bibliográfica a respeito do tema e, ainda, da pesquisa documental, por meio da análise criteriosa dos princípios e textos legais. No procedimento metodológico, foi escolhido o método dedutivo em que as premissas foram dispostas de forma a permitir uma conclusão lógica. Por fim, com relação ao procedimento técnico, optou-se pelas análises textual, temática e interpretativa. Esse trabalho científico buscou, na legislação vigente, parâmetros para a liberdade de pesquisa dos operadores da reprodução assistida, abarcando diversas indagações. Haveria violação ao direito de convivência familiar caso fosse realizada a fecundação com sêmen do marido falecido? Seria aceitável a utilização de material genético de um terceiro estranho ao casal? Em caso de sigilo quanto à identidade dos doadores, não estaria sendo violado o direito de filiação? Consiste, a cessão temporária do útero, em um procedimento lícito? No que tange aos direitos da personalidade, os embriões poderiam ser descartados ou utilizados em pesquisa? Destarte, conclui-se pela necessidade de enquadrar o tema na teia jurídica, definindo, de forma clara, em quais limites os médicos e usuários exercerão seus direitos.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Embriões. Lei. Omissão.

ABSTRACT: It is intended through this research to debate the problem among the changes introduced by the assisted procreation in the family sphere and the legal emptiness pertaining to the subject. To achieve this, it was investigated the opinion of several segments

¹ Acadêmica do 5º ano de Direito diurno do Centro Universitário de Patos de Minas / UNIPAM. Aluna Pesquisadora do VI PIBIC, sob a orientação da Ms. Simone Letícia de Sousa Caixeta. *E-mail:* ericadireito21@hotmail.com.

² Professora do UNIPAM e orientadora da pesquisa.

of the society the reach and effectiveness of the current juridical and deontological norms in Brazil. Concerning to the methodology, it was used the field work comprised by multiple question test answered by people of several socioeconomic levels; theoretical research, in which took place a bibliographical revision regarding the theme and of the documental research, through the discerning analysis of the principle and legal texts. In the methodological procedure, it was chosen the deductive method therein premises were inserted systematically to allow a logical conclusion. Lastly, referring to the technical procedure the opted was the textual analyses, thematic and interpretative. It was proposed in this scientific work to analyze the freedom's limits of the professionals who labor in Assisted contemplating Reproduction research in conformity with the contemporaneous legislation several inquiries. Would there be violation to the Family coexistence's right in the case of fecundation accomplished with the semen of dead husband? Would the use of genetic material of a third strange to the couple be acceptable? In case of keeping the donors' identity confidential, would not it be violated the filiation's right? It consists, the temporary concession of the uterus, na unlawful procedure? In considering the personality's rights, could the embryos be discarded or used in researches? As a result of entire analyze it was concluded that is indispensable to frame the theme in the juridical system, defining and clarifying in which limits doctor and users will exercise their rights.

Key words: Assisted reproduction. Embrious. Law. Omission.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução assistida tem lugar a partir da impossibilidade biológica ou física de os casais alcançarem a procriação pelo sistema tradicional da união sexual entre homem e mulher. Assim sendo, comprovada a impossibilidade de fecundação pelas vias normais, face à existência de anomalias físicas e esgotados os tratamentos terapêuticos, quer por ineficácia, quer por ineficiência dos métodos na solução do problema da infertilidade, a ciência genética oferece aos casais algumas técnicas que visam a obter a procriação, às vezes, tão desesperadamente buscada.

Contudo, essa nova realidade científica no campo da reprodução humana, ao romper com as práticas tradicionais, projeta no plano social um sem número de questionamentos, não apenas de conotação filosófica, moral e ética, mas, sobretudo, jurídica, causando perplexidade e dúvidas quanto à implicação da reprodução assistida nas relações jurídicas familiares, interferindo diretamente no conceito que se tem atualmente de

pessoas e de personalidade jurídica e nas relações de parentesco, secularmente estabelecidas pelas normas de Direito.

E é dentro dessa nova realidade que o micro-sistema do Biodireito deve intervir, sempre atendendo à proteção dos direitos da personalidade e da proteção à dignidade da pessoa humana. A simples observância e o respeito aos referidos direitos personalíssimos, presentes em diversas cartas constitucionais, por si só, já excluem uma série de experimentos científicos.

Com feito, os diversos questionamentos advindos das técnicas de reprodução assistida devem ser pensados à luz da necessidade da proteção aos direitos da personalidade e da dignidade humana.

É verdade também que os militantes do Direito devem tentar acompanhar a evolução da ciência, através da criação de instrumentos jurídicos capazes de não só nortear os avanços científicos, mas também e principalmente de resguardar os direitos inerentes à pessoa, em especial aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, enquanto não editadas normas jurídicas específicas, devem os princípios constitucionais ser invocados, para a solução de conflitos advindos da evolução acelerada da genética. A proteção aos direitos da personalidade e da dignidade humana deve prevalecer.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Bioética³, enquanto ciência, possui seus princípios básicos⁴, entre os quais se destacam o princípio da autonomia da vontade⁵, o da beneficência⁶ e o princípio da Justiça⁷.

³ Neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética) é “o estudo sistemático das dimensões morais - incluindo visão, decisão, conduta e normas morais - das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.”

⁴ Princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Walter Cláudio Rothemburg, in _____ **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, é o mandamento nuclear de um sistema; o alicerce; a disposição fundamental; a fonte de regras; o critério de interpretação e inteligência das regras.

⁵ *Ibidem*: é o mandamento nuclear de um sistema; o alicerce; a disposição fundamental; a fonte de regras; o critério de interpretação e inteligência das regras.

⁶ Devem ser respeitados pelo médico os bem-estar do paciente, evitando-se, na medida do possível, causar-lhe danos.

⁷ Esse princípio reclama a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois iguais deverão ser tratados iguais, e os desiguais desigualmente.

Todavia, de todos, viceja como paradigma maior o princípio da dignidade da pessoa humana, de difícil conceituação e definição, mas de compreensão vivencial.

A Bioética deu origem ao surgimento de uma nova área de estudos no Direito, denominada Biodireito⁸. Ocorre que, em sendo o Biodireito parte integrante da Ciência do Direito, deve se curvar aos princípios deste, bem como a métodos e formulações específicas e inerentes ao aparato jurídico.

O Biodireito tem como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, Art. 1º, III), e a essência de todo ordenamento jurídico.

A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. O homem constitui finalidade precípua e não é mero meio da atividade estatal. E quando se fala em Estado, logo nos surge à mente a figura do Direito, pois são institutos que andam de mãos dadas.

A difusão dos métodos artificiais de reprodução gera inúmeras reflexões, sobretudo, nos âmbitos ético e jurídico. E, de fato, mister se faz uma reflexão sobre quais os procedimentos podem ser realizados sem afrontar diretamente os direitos fundamentais dos pretensos pais e notadamente os da criança, que deve ter o direito de nascer com dignidade devida a todos os seres humanos.

De fato, sabe-se que a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A inobservância de um princípio ofende não apenas um específico mandamento obrigatório, mas todo um plexo de comandos normativos. Trata-se, pois, da mais grave forma de invalidade, visto que representa insurgência contra todo o sistema normativo, ferindo os seus valores fundantes.

Lado outro, no desempenho de sua função fundamentadora, os princípios são as idéias básicas que servem de embasamento ao direito positivo, exprimindo as finalidades e as estimativas que inspiram a criação do ordenamento jurídico.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos

⁸ Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação - sobre a necessidade de ampliação ou restrição - desta legislação.

fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

O dicionário “Houaiss” define dignidade como “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio; honra autoridade, nobreza”.⁹

Em verdade, a defesa e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade alcançaram grande importância nos últimos tempos por ocasião dos avanços da biotecnologia e da engenharia genética, experimentados pela humanidade que, se de um lado, trazem benefícios vários, de outro, potencializam riscos e danos a que podem estar sujeitos os indivíduos. Várias discussões permeiam o tema, tais como: podemos pensar na vida como um simples respirar, como garantia da ‘batida de um coração’? Quais os limites à redesignação do estado sexual? O embrião é pessoa? Criaremos um bebê *à la carte*? A clonagem de seres humanos pode ser o meio para a cura de doenças?¹⁰

Seguindo esta mesma orientação que coloca o indivíduo como merecedor de proteção acima de qualquer outro bem tutelado, o art. 5º, *caput*, proclama que a vida é inviolável e que, portanto, não deve ser objeto de agressões.

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania. Decerto, os direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado, no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação lingüística do princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira acepção, o conteúdo de uma vida digna está associado à idéia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob essa ótica, a previsão da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico. O reconhecimento desta primazia, que não se dirige

⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001. p. 1040.

¹⁰SÁ, Maria de Fátima Freire de. A Dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In _____ **Biodireito**. Del Rey, 2002. p. 84.

somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas.

No plano jurídico, a igualdade entre os homens representa a obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de direito (igualdade na ordem jurídica) quanto na aplicação/execução (igualdade perante a ordem jurídica), exigindo-se, ainda, a universalização do respeito à pessoa humana, para o reconhecimento das prerrogativas não só de nacionais, como também de estrangeiros.

Com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana se revela atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico. Para tanto, faz-se mister assegurar as prerrogativas do direito penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos chamados direitos da personalidade.

Registre-se: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.¹¹

Noutro giro, o artigo 5º, IX da Constituição Federal afirma que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”¹². Conclui-se da leitura do dispositivo que o Estado deve estimular o desenvolvimento tecnológico e garantir condições de progresso para as pesquisas.

Outrossim, também pode ser citado o direito à saúde, art. 196 da Carta Magna. De acordo com o referido dispositivo, a saúde deve ser promovida pelo Estado e proporcionada, sem distinção, a todos os cidadãos. Alguns doutrinadores, com respaldo no referido dispositivo, defendem que a cura da esterilidade com o uso das técnicas assistidas de reprodução deveria ser permitida, porque corresponde ao direito de cada pessoa de ter preservada a sua integridade física e mental.

A Constituição Brasileira de 1988 não expressa explicitamente sobre direito de se ter filhos; contempla no capítulo VII, dedicado à família, o direito de planejamento familiar, alcançando as situações de concepção e de contracepção, ambos norteados pela autonomia do casal, competindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários

¹¹ BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal**. Yussef Said Cahali. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹² Idem.

para a educação e informação sobre os métodos existentes e sua eficácia. Assim, dispõe o artigo 226, §7º da Carta Magna:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹³

Vê-se que a constituição instituiu ao patamar da dignidade humana a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar, cabendo ao Estado proporcionar recursos para o exercício desse direito.

Adverte Alexandre Moraes que

o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quando à subsistência.¹⁴

Note-se que o planejamento familiar pressupõe a existência de uma família. Frise-se que a família também pode ser formada sem a presença de filhos. Não obstante isso, o Art. 2º da Lei 9263/96 considera planejamento familiar, assegurado pelo Estado, o conjunto de ações de regulação de fecundidade. Registre-se:

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal.

Lado outro, conforme o disposto no artigo. 225, § 1.º, inc. II e V, compete ao Poder Público proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, fiscalizando os centros de pesquisa e a manipulação do material genético. É também dever do Estado controlar o uso de técnicas, de métodos e de substâncias que possam afetar a vida e o meio ambiente.

De toda sorte, devem ficar definidos pela lei os meios de efetivação do supramencionado comando do legislador constituinte.

¹³ BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal**. Yussef Said Cahali. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ MORAES, **Alexandre de. Direito Constitucional: revista, ampliada e atualizada com EC nº24/99**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

Neste sentido, Gustavo Tependino leciona:

Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação de cláusula geral (...) e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.¹⁵

Insta salientar que alguns doutrinadores defendem os experimentos científicos, notadamente os que se relacionam com a procriação médica assistida, argumentando para tanto que, por inexistir lei específica sobre o tema, não existe ilicitude nos procedimentos. Além do que existem dois princípios respaldando a reprodução assistida: o da **legalidade**, em que tudo o que não é proibido é permitido; e o da **anterioridade**, em que não há crime sem lei anterior que o defina.

Em defesa de tal argumento, Christine Keler de Lima Mendes preleciona:

Segundo o Princípio da Legalidade, o direito de ter filho por qualquer método que seja não pode ser vedado, visto que, em nosso Estado, tudo o que não é proibido é permitido, pois ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Assim, é de se afirmar que no ordenamento jurídico não há qualquer barreira ou impedimento para a concepção artificial, necessário apenas o consentimento da mulher, e se casada, de seu marido ou companheiro.¹⁶

De fato. Na omissão de uma legislação específica, a doutrina se ampara nos preceitos balizadores dessa prática: ética, bioética, diretrizes formuladas no Conselho Federal de Medicina e, sobretudo, no acatamento dos Princípios de defesa dos direitos da criança.

3 DA RESOLUÇÃO Nº 1.538/92 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E DEMAIS PROJETOS DE LEI

Existe, é fato, uma necessidade de criar uma lei que regule as técnicas de reprodução assistida, como também diversas facetas que a biotecnologia e a engenharia genética nos impõem.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 60.

¹⁶ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução mediamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. **Boletim Jurídico**. Uberaba. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>. Acesso em: 01 de outubro de 2006.

No Brasil, há um crescimento expressivo do número de clínicas que realizam a reprodução humana assistida em decorrência de uma grande demanda dos interessados, fato que justifica a urgência em legislar de forma a estabelecer critérios e responsabilidades dos profissionais que a utilizam, bem como resguardar os direitos das pessoas que investem esperanças e patrimônio na busca da realização do sonho de ter um filho.

A partir da legislação, tenta-se evitar as práticas eugênicas, escolha dos caracteres genéticos da criança, sem motivo relevante. Mas, por outro lado, busca-se garantir o acesso das pessoas ao projeto parental, quando este se assevera condizente com os direitos fundamentais da pessoa de constituir família. Há que se respeitar os princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), da responsabilidade (art. 226, §7º), da intimidade (art. 5º, X) e do direito à saúde (art. 196), numa acepção ampla.

Não se poderia, portanto, ferir o princípio da isonomia e editar normas que restrinjam o acesso aos modernos métodos de reprodução artificial, desde que observada a existência de indicação médica, que identifique o problema de saúde reprodutiva. Assim, se os interessados são maiores de idade, independentemente do estado civil, teriam o direito de buscar remédio para a esterilidade/infertilidade, ressalvadas as condições de capacidade física e mental para se ocupar convenientemente de uma criança.

O direito ao planejamento familiar, conforme assegurado pela Constituição (art. 226, § 7º) e pela Lei nº. 9.263/96, impõe ao Estado disponibilizar o recurso às técnicas de reprodução humana assistida para aqueles que desejam realizar o projeto parental.

No entanto, quando o projeto reprodutivo envolve outras pessoas, como os profissionais da medicina enquanto intermediadores, há a necessidade de que a sociedade esteja envolvida e de que reflita sobre as condições em que poderá autorizar o recurso à reprodução artificial, definindo quais as responsabilidades dos envolvidos nessas práticas.

Se considerarmos que é um direito da pessoa ter acesso aos tratamentos de saúde, a esterilidade é um problema de saúde reprodutiva que autoriza o recurso à medicina para solucioná-lo, não significando, entretanto, concluir que todas as possibilidades oferecidas pela medicina possam ser aceitas e utilizadas sem limitações pelo homem e pela mulher.

3.1 DA RESOLUÇÃO Nº. 1.538/1992

No âmbito nacional, não há suporte jurídico específico que discipline o uso das técnicas de reprodução assistida. Constituindo diretriz para a classe médica, mas sem força de lei, a Resolução n.º.1.358 de 11 de novembro do Conselho Federal de Medicina aborda o tema à luz dos princípios constitucionais e do ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante se depreende da Resolução, as técnicas de reprodução assistida têm por fito auxiliar as pessoas com problemas de infertilidade, devendo, necessariamente, ser indicadas quando existir probabilidade de sucesso, sem causar risco à gestante e quando os outros tratamentos forem ineficazes.

Dispõe a Resolução que é indispensável o casamento ou união estável, bastando, para tanto, que a mulher tenha capacidade de direito e de fato para ser usuária das técnicas.

Ademais, permite a doação de gametas, sob as condições da gratuidade e do anonimato, desde que haja consentimento formalizado dos doadores.

É admitida, ainda, a criopreservação de gametas e embriões, desde que devidamente consentida, porém não menciona o prazo em que possam ficar congelados. Em relação a sua utilização após a morte, não há proibição nem permissão expressa, mas fica vedado o descarte.

Para o mais, a maternidade substituta só é permitida quando houver indicação médica, não devendo constituir uma atividade lucrativa. A Resolução estipulou a condição de parentesco até 2º grau ou autorização especial para a efetivação do procedimento.

3.2 DOS PROJETOS DE LEI

Sobre o assunto, tramitam no Congresso Nacional o projeto de Lei n.º.638 de 1.993 (Deputado Luiz Moreira), o Projeto de Lei n.º.855 de 1.997 (Deputado Confúcio Moura) e o Projeto de Lei 90 de 1.990, do Senador Lúcio Alcântara. Tais projetos seguem, em linhas gerais, os mesmos princípios preconizados pela Resolução. Contudo, suprem algumas lacunas e tipificam certas condutas como crime.

No que tange à aplicação das técnicas de reprodução assistida, há um consenso, entre os mesmos, de que o método artificial de fecundação destina-se a auxiliar casais inférteis. Contudo, o projeto 90/99 acrescenta que constatadas doenças genéticas ligadas ao sexo, também será lícito ao casal recorrer à inseminação artificial ou à fecundação *in vitro*.

Concordam o projeto 3.683/93 e o projeto 2.855/97 que, mesmo sendo solteira, a mulher terá acesso às técnicas, bastando que tenha capacidade jurídica para tanto. Nesse aspecto, o projeto 90/99 mostrou-se mais criterioso, optando por limitar o uso da reprodução assistida aos casais que tenham contraído núpcias ou que vivam em união estável.

No que se refere ao tratamento, deve ser indicado quando houver probabilidade de sucesso, se os outros tratamentos forem ineficazes e se não houver risco grave de saúde

para a gestante. Porém, o projeto 90/99 ressalva que deverá ser observada a idade reprodutiva da mulher.

Em relação à doação, os três projetos prescrevem que deverá ser anônima, gratuita e consentida. Aqui também o projeto 90/99 abre um parêntese ao disciplinar a possibilidade de a criança nascida com o gameta doado conhecer a identidade civil do doador assim que completar a maioridade.

Ainda neste tópico, da inseminação e fecundação *in vitro* heterólogas, mister se faz perquirir sobre a filiação. O projeto 3.638/93 nada menciona; o projeto 2.855/97 diz que será regida pelos termos do consentimento e o projeto 90/99 ressalta que inexistente vínculo entre o doador e a criança, haja vista que a paternidade legal deverá ser atribuída ao casal beneficiário dessas técnicas.

Para evitar os casamentos consangüíneos, acordam os projetos 3.638/93 e 90/99 que deverão ser limitadas duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes por doador, enquanto o projeto 2.855/97 propõe dois nascimentos em cada Estado da Federação por doador.

A criopreservação de gametas foi admitida por todos os projetos. Por outro lado, o uso de material genético, após a morte, não ficou bem definido pelos projetos 3.638/93 e 2.855/97, que não proíbem, nem permitem expressamente tal prática, dependendo do consentimento, em vida, do doador. Contrariamente, o projeto 90/99 posicionou-se, firmemente, acerca da questão, obrigando o descarte dos gametas, em caso de falecimento e considerando crime sua utilização.

O único projeto que permitiu o descarte de embriões e sua utilização em pesquisa científica foi o projeto 2.855/97. Já a manipulação genética foi aceita com ressalvas, desde que com finalidade terapêutica e até o décimo quarto dia de desenvolvimento do embrião.

Afora isso, a maternidade substituta foi acolhida, unanimemente, por todos os projetos. Claro, sob certas condições: indicação médica e gratuidade ou parentesco entre a mãe legal e a cessionária do útero.

Insta esclarecer que, além das regras projetadas sobre os aspectos civis e administrativos da procriação assistida, o Projeto de Lei nº. 090/99 apresenta, no art. 13, rol de condutas que poderão ser consideradas crimes se for aprovada a redação de tal dispositivo. Assim, podem ser enunciados os seguintes comportamentos: praticar reprodução assistida sem estar previamente licenciado para a atividade; envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica; intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei; realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei, entre outros. Finalmente, o art. 14 do Projeto prevê que o Poder Público

deverá editar os regulamentos necessários à efetividade das normas legais, além de conceder a licença aos estabelecimentos e profissionais que preencham os requisitos para a prática da reprodução assistida, e também fiscalizar a atuação de tais entidades e médicos quanto ao cumprimento da lei e dos regulamentos.

4 ESTATUTO JURÍDICO PARA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

4.1 DAS CLÁUSULAS GERAIS E PRINCIPIOLÓGICAS

A rigor, no âmbito jurídico, os desafios decorrentes da reprodução assistida são complexos, uma vez que vários institutos consagrados, como paternidade, maternidade e personalidade são relativizados. Outrossim, a própria concepção de família e a idéia de dignidade humana são fortemente influenciadas por tais técnicas.

Decerto, não se pode cercear o progresso científico, de inegável valor para o desenvolvimento do homem e da sociedade, mas torna-se necessário conciliá-lo com o respeito à integridade ou à dignidade deste mesmo homem, haja vista que nem tudo que é cientificamente possível pode ser autorizado.

Diante desse cenário, fica claro que a legislação existente é insuficiente para regular o assunto, causando mais dúvidas do que certezas. Faz-se necessária e urgente a regulação da matéria por meio de lei específica, que supra as lacunas do Código Civil, trazidas juntamente com as novidades da biotecnologia. Sem dúvida, esse tema é de grande complexidade e merece uma discussão aprofundada.

Pondera Eduardo de Oliveira Leite que a intervenção legislativa deverá ocorrer de forma extremamente cautelosa e genérica, mormente em virtude da imaturidade dos próprios legisladores suscitada por termo tão inovador e dinâmico.¹⁷

Nesta esteira, o mais razoável seria que um eventual estatuto jurídico da reprodução humana assistida valesse da moderna técnica legislativa de utilização de cláusulas gerais e principiológicas, abandonando a tradicional técnica do tipo regulamentar. Em verdade, a realidade rígida e casuística não é apta a resolver com justiça todos os litígios que se apresentam no seio da sociedade.

Por isso, ante a perplexidade do tema e ante a escassez de legislação, enfim, ante o exposto no trabalho, mister se faz analisar as principais questões explanadas à luz dos princípios constitucionais na tentativa de encontrar uma eventual resposta, notadamente

¹⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriação artificial e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: RT, 1995. p. 134.

no que tange à aplicabilidade de tais técnicas. Nesse mesmo norte, é o entendimento de José Emílio Medauar Ommati:

São questões de difícil resolução, examinadas agora no âmbito dos princípios constitucionais, com o escopo de delinear as principais perplexidades referentes ao tema. Sim, porque não temos a pretensão de apresentar soluções prontas e acabadas, até porque elas não existem. E não existem, pelo simples fato de que essa área da pesquisa humana está extremamente relacionada com as visões de mundo, conceitos e preconceitos do sujeito que produz o conhecimento. Assim, é possível, para uma mesma questão sobre um tema da preocupação bioética (manipulação genética, reprodução artificial, clonagem, etc), serem apresentadas várias respostas, em decorrência da influência do sujeito que escreve.¹⁸

Ostenta Judith Martins Costa que a cláusula geral, do ponto de vista da técnica legislativa, constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem “aberta”, “fluída” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.¹⁹

O que se percebe é que as cláusulas gerais e principiológicas valorizam o papel do intérprete e do aplicador do direito, que deverão dar conteúdo a tais cláusulas, por meio de um processo argumentativo e específico para cada caso concreto. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão.

Na perspectiva de Dworkin,

os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não podem ser aplicados através do método lógico-formal, por não disciplinar diretamente um caso concreto. Ademais, é possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução do litígio, apontando em sentidos diversos. Configurada esta hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve através de um processo hermenêutico de

¹⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1854>>. Acesso em: 10 out. 2006.

¹⁹ COSTA, Judith Martins. **O direito como um sistema em construção – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho/1998.V. 753. p. 29.

ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes.²⁰

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins muitas vezes distintos, apontando para soluções diversas e contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor.

A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética do direito, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo o uso do instrumental metodológico da ponderação.²¹

Importante destacar que as cláusulas gerais não pretendem apresentar, previamente, respostas para todos os problemas da realidade, mas proporcionam condições necessárias para a criação da norma jurídica aplicável diante das peculiaridades de um caso concreto.

Assim, não obstante a falta de legislação infraconstitucional acerca da RA, não seria razoável afirmar que existe um vazio legislativo atinente à matéria, posto que vários princípios constitucionais tutela expressamente a pessoa humana e, por corolário, podem ser aplicados para solucionar os conflitos decorrentes da utilização das técnicas de RA, como também limitar a intromissão do homem nos complexos processos de reprodução e concepção.

Todavia, o processo de preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e principiológicas não é guiado pelo subjetivismo do intérprete e do aplicador do direito, mas está condicionado ao princípio superior do nosso ordenamento jurídico – dignidade humana – e aos demais princípios de índole constitucional.

Justamente por seu caráter fundante, pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana se sobrepõe a todas as regras e princípios infraconstitucionais e constitucionais, constituindo verdadeiro ápice axiológico de nosso jurídico.

Demais disso, considerando que a dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição do homem, deve a mesma ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, e mais, deve ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997. p. 100.

²⁰ idem

Isso seria reconhecer que a possibilidade de ingressar em juízo, mediante a propositura da ação judicial competente, de sorte que seja possível obter a prestação estatal, é indispensável para assegurar uma existência digna. O Estado está, portanto, obrigado a concretizar a dignidade da pessoa humana, ao elaborar normas e formular/implementar políticas públicas.

A rigor, não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.

4.2 DA SUA APLICABILIDADE – PONDERANDO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como se sabe, as técnicas retro-referidas são utilizadas para tentar sanar problemas de fertilidade. Até aí, nada mais humano do que tentar dar filhos a quem a natureza não permitiu. O problema surge em relação aos reflexos de tais técnicas no mundo jurídico.

Na **Inseminação Artificial Homóloga**, não se vislumbram *prima facie* implicações jurídicas de maiores proporções, uma vez que o material utilizado para sua concreção são partes destacadas do corpo do casal, ligados entre si pelo matrimônio ou pela união estável. Impera-se nesta hipótese o direito de se ter um filho, também o Princípio da Paternidade Responsável; estes dois, é claro, limitados pelo princípio da Primazia dos Interesses do Menor, que deve ser considerado acima dos direitos do casal. Saliente-se, ainda, que deverá ser respeitado o Princípio do Consentimento Informado do casal de forma expressa. De ver-se que esta técnica, seguindo a orientação de tais princípios é perfeitamente aceitável.

Em relação à **Inseminação Artificial Homóloga *post mortem***, a situação se torna mais complexa. A paternidade se dará pelo critério biológico, devendo-se respeitar os prazos estabelecidos pelo Código Civil de 2002 com fulcro no artigo 1.597. As maiores implicações seriam a respeito dos direitos sucessórios, uma vez que o nascituro só teria direito à herança se o *de cuius* consentisse através de testamento à prática da inseminação artificial. Ocorre que mesmo em face do direito de procriar e em face do Princípio da Paternidade Responsável, que na hipótese é só o da mãe, vez que o pai já faleceu, tem-se que tal prática afrontaria o Princípio da Primazia dos Interesses do Menor, uma vez que este teria antes mesmo de nascer sua ascendência amputada.

No que tange à **Inseminação Artificial Heteróloga**, aí sim a situação se torna complicada, um tanto demais, ante a imaturidade do legislador e, notadamente, ante àqueles que irão dispor dessa técnica. Explica-se.

Primeiramente deve-se respeitar o Princípio do Consentimento Informado do casal que deve ser manifestado de forma expressa. A paternidade não será estabelecida pelo critério biológico, perfazendo, de conseguinte, em relação ao cônjuge varão uma presunção absoluta de paternidade, impassível de impugnação.

Ocorre que a lei obriga o marido a assumir a paternidade, mas não pode obrigá-lo a dar carinho ao filho, que possivelmente poderá crescer com a aparência física do pai doador e por tantos outros sentimentos egoísticos sofrer maus tratos em casa. Mas, mesmo assim, em se admitindo a procriação heteróloga, fato é que a hipótese de incesto também é perigosa.

Receosa disso, a Resolução n. 1358/92 estabeleceu que “na região de localização da unidade, o registro de gestação evitará que um doador tenha produzido mais que 02 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área com um milhão de habitantes”.

Assim, ainda, há que se considerar a prática temerosa, haja vista que a Resolução supracitada não fixa um limite máximo geral permitido.

A nossa Constituição também garante como direito fundamental a intimidade, a vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), gerando, então, um conflito de princípios: o direito ao anonimato por parte do doador, *versus* direito à saúde por parte da criança. Dessa feita, nesse caso, se a solução deve ser pela eliminação de um princípio pela preponderância de outro, tem-se que seria mais razoável preservar o direito à saúde da criança em detrimento do direito ao anonimato do doador.

Em face disso, em virtude das conseqüências inúmeras dentre as quais vale destacar o incesto, a injúria grave em razão do marido enganado, a possível seleção de sexos que pode advir – procura de sêmen com determinadas características –, conclui-se pela proibição de tal técnica, com alicerce no Princípio reitor, que é o Princípio da Dignidade Humana.

No que tange à **fertilização *in vitro* homóloga**, tende-se pela sua permissão. Em se tratando dos embriões descartados quando da prática de tal técnica, alio-me na corrente de que o embrião só pode ser considerado vida a partir do décimo quarto dia de gestação, pois só assim é dotado de cintura neural e sistema nervoso. Entende-se que os embriões restantes devem ser armazenados nas clínicas e depois de, no mínimo três anos, podem ser utilizados para fins de pesquisas e terapia. Não há, nesse caso, violação ao direito à Vida e à Dignidade Humana, uma vez que não estamos tratando de um ser humano. Nesta hipótese, prepondera-se o direito de Procriar e da Paternidade Responsável.

Ao tratarmos da **Fertilização *in vitro* heteróloga**, conclui-se pela proibição. Primeiro, merece aplausos a Resolução n. 1.358/92 ao ordenar que, se praticada tal técnica, deve a mesma ser gratuita; óbvio, porque o valor da vida humana não pode ser colocado em xeque.

Noutro norte, uma profunda discussão se dá na eventualidade de surgir uma disputa entre a mãe biológica e a mãe gestacional, pelo filho. Ora, a mulher que se dispõe a carregar o embrião por nove meses se apega ao ser que cresce dentro de suas entranhas. Como fica o sentimento dessa mulher quando da entrega desse filho que ela ajudou a nascer? Ela raciocina, e com toda razão, que esse filho é muito mais dela que do casal biológico. Ora, foi ela que suportou todas as dificuldades durante nove meses e, muitas vezes, aprendeu a amar o bebê, que, de estranho, passou a ser o seu bebê. É por tudo isso que, não raras vezes, a mulher que carrega o bebê se recusa a devolvê-lo ao casal contratante após o parto. Nos EUA, isso tem ocorrido de forma recorrente, gerando grandes disputas nos tribunais²². Essa prática da mãe de substituição não deve ser acolhida no Brasil, porque o direito de ter filhos entra em choque com o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do nosso Texto Fundamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, hoje a humanidade experimenta um momento particular da evolução tecnológica. Estamos realmente diante de um mundo novo já antevisto por Adouls Huxley.

Com efeito, se antes era possível modificar a natureza e muitos de seus fenômenos, agora, com a biotecnologia, é possível conhecer, reproduzir e até modificar a estrutura do próprio corpo humano. Essa é uma época mágica, em que a vida, habitando a espécie humana, toma consciência de si e encontra caminhos novos de perpetuação. Tempo em que novidades borbulham com uma velocidade assustadora, capaz de fazer levantar muitas vozes que, temerosas, reprovam de antemão as novas possibilidades que as ciências vão proporcionando.

Não se justifica, contudo, o medo do novo em si mesmo. Nada que a evolução do conhecimento produz é, por si só, bom ou ruim. Há, sem dúvidas, que se discutir os meios como as inovações produzidas serão utilizadas, os propósitos de quem servirão, a

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995, 480p.

quem estarão acessíveis, as implicações éticas e as transformações culturais que provocarão. Rejeitá-las preliminarmente significaria negar a própria condição de "eterno vir a ser" que caracteriza a humanidade, que a fez deixar as cavernas para chegar ao atual estágio e que a propulsiona para a contínua busca do aprimoramento.

Contudo, nem tudo que é cientificamente possível pode ser permitido, devendo o Direito formular uma legislação que deverá disciplinar as técnicas que poderão ser praticadas sem eventualmente ferir direitos fundamentais.

É preciso, em verdade, ter em mente a periculosidade do poder científico exacerbado nas mãos do homem, considerando que a natureza reage contra toda prática impensada que lhe causa algum desequilíbrio.

Para tal, a nova legislação deverá se valer da mais moderna técnica de interpretação, que é a valorização das cláusulas gerais e principiológicas, tendo como parâmetro o Princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, que é o Princípio da Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal**. Yussef Said Cahali. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

BRASIL. Congresso. Resolução nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Dispõe sobre Reprodução humana artificial. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc91140>.

COSTA, Edna Maria Farah Hervey; FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz. **Teoria e prática do direito de família: de acordo com a Lei n.º.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Editora Letras jurídicas: Bestbook Editora, 2003. p. 210

COSTA, Judith Martins. **O direito como um sistema em construção – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho/1998.V. 753. p. 29.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 15ªed., 2000, 5ªvol.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997. p. 100.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Júri Síntese**. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do novo código civil. Agosto-setembro/2003. CD ROM. P. 41.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. **Revista dos Tribunais**. Ano 81. v. 678. p. 268-274. abril. 1992

HATEM, Daniela Soares. Questionamentos Jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: _____ SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 194

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001. p. 1040.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 22ª edição, Editora Globo, São Paulo, 1996, 242p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995, 480p.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução mediamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. **Boletim Jurídico**. Uberaba. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>. Acesso em: 01 de outubro de 2006.

MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Novas Técnicas de Reprodução Humana: útero de aluguel. **Revista dos Tribunais**. São Paulo.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional: revista, ampliada e atualizada com EC nº24/99**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1854>>. Acesso em: 10 out. 2006.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis, 2000. p.40.

SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. A Dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In _____ **Biodireito**. Del Rey, 2002. p. 84.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Célula-tronco. O direito. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7186>>. Acesso em: 07 out. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 60.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6. p. 256

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 231.