

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO EM RELAÇÃO ÀS NOVAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

JULIANA CARVALHO BRASIL DA ROCHA

RIO DE JANEIRO

2008

JULIANA CARVALHO BRASIL DA ROCHA

**O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO EM RELAÇÃO ÀS NOVAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Alves Martins

RIO DE JANEIRO

2008

Rocha, Juliana Carvalho Brasil da.

O estado atual do biodireito em relação às novas técnicas de reprodução humana assistida / Juliana Carvalho Brasil da Rocha – 2008.

98 folhas

Orientador: Flávio Alves Martins.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 93-98

1. Reconhecimento de filiação. 2. Inseminação artificial humana. 3. Biodireito – Monografias. I. Martins, Flavio Alves. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 342.16323

JULIANA CARVALHO BRASIL DA ROCHA

**O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO EM RELAÇÃO ÀS NOVAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Flávio Alves Martins – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

À minha mãe, amiga, porto seguro, inspiração, companheira, exemplo e orgulho, Elizabeth, pois seu apoio incondicional, seu ombro amigo nos momentos mais escuros e suas palavras de garra e incentivo foram fundamentais para a formação do que sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me guiado nessa trajetória. Obrigada por todas as graças e bênçãos derramadas em minha vida, sempre me dando forças para seguir adiante, à Nossa Senhora e ao Pe. Libério, por sempre intercederem por mim e minha família.

Ao meu Pai, Antonio Augusto Brasil da Rocha, a minha eterna gratidão por cada palavra e gesto de incentivo, apoio e encorajamento desde sempre.

À minha Mãe, Maria Elizabeth de Carvalho Rocha, por todo o amor incondicional, incentivo, força e por me guiar em tudo. Agradeço por me fazer sentir que sou capaz de alcançar todos os meus objetivos, com determinação e serenidade.

Ao meu Irmão, Antonio Augusto Brasil da Rocha Junior, por sua amizade, lealdade, companheirismo e carinho em todas as horas.

Amo vocês hoje e sempre!

Ao meu professor e orientador Flávio Alves Martins, agradeço pela orientação, pelas lições e pelos cuidados dispensados ao aperfeiçoamento deste e de outros trabalhos ao longo da minha trajetória acadêmica. Seus inúmeros ensinamentos serão fundamentais para minha formação e amadurecimento acadêmico e profissional.

Ao professor Leonardo Greco, exemplo de amor ao Direito que tanto me inspira.

Aos funcionários da Faculdade Nacional de Direito – FND, por toda prestatividade, atenção e simpatia; e por terem colaborado de alguma forma, direta ou indiretamente, no decorrer dos cinco anos de graduação.

Agradeço, finalmente, aos meus amigos por toda a força e contribuição. Obrigada por estarem sempre presentes, por torcerem por mim e me aconselharem em meus momentos de dúvida.

A coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu próprio conhecimento.

Platão

RESUMO

Rocha, Juliana Carvalho Brasil da. *O estado atual do Biodireito em relação às novas técnicas de reprodução humana assistida*. 2008. 98 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A Reprodução Humana Assistida (RHA) tem causado verdadeira revolução em nossa sociedade, notadamente no campo da ética, do direito e da psicologia. Para permear essas discussões, surgiu na década de 70 a Bioética, alicerçada por um enfoque ético, tentando estabelecer limites à intervenção do homem sobre a vida, indicando também os riscos advindos dessas possíveis aplicações. Conclama, portanto, um debate social, multiprofissional e interdisciplinar, visando que a sociedade como um todo possa, de uma forma pluralista, participar da elaboração de diretrizes que lhes garantam o exercício responsável dos direitos fundamentais frente aos avanços técnicos e científicos, especialmente a dignidade da pessoa humana. As normas e doutrinas jurídicas, através de um debate constante com os vários segmentos desta nova sociedade, terão que se preparar para enfrentar os embates e conflitos que hão de vir, uma vez que as novas técnicas de reprodução humana assistida já ocupam um lugar inquestionável na medicina atual, trazendo a felicidade de muitos que desejam um filho. Hoje não basta *conhecer* a lei, sendo necessário também aplicá-la a serviço do ser humano. Destarte, nesse estudo foi abordada a forma com a qual o Direito brasileiro vem recepcionando as novas tecnologias, daí decorrendo a necessidade de também expor e debater alguns dos conflitos mais polêmicos advindos do uso das técnicas de RHA - que já fazem parte, inclusive, da realidade de nossos tribunais, tais como: o destino a ser dado aos embriões supranumerários, o direito ao conhecimento da origem genética, o reconhecimento de *vínculos filiativos* e a existência de um direito ao uso dessas técnicas por parte de entidades familiares atípicas. Por fim, tratou-se da lacuna normativa existente no ordenamento pátrio em relação à RHA, reservando-se tópico especial para abordar os projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas do país. Ao final do estudo pôde-se concluir que enquanto vivemos diante da ausência de uma legislação específica, revela-se indispensável buscar na principiologia do Biodireito um norteamento para os futuros posicionamentos a serem tomados frente aos mais diversos conflitos ético-jurídicos, sob pena de desrespeito ao fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida, biodireito, direitos reprodutivos, filiação, ascendência genética, embriões, excedentários, biotecnologia.

ABSTRACT

Rocha, Juliana Carvalho Brasil da. *The current state of Biolaw in relation to the new human assisted reproduction techniques*. 2008. 98 f. Monograph (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The Assisted Reproduction Technology (ART) has been causing a real revolution in our society, especially in the field of ethics, law and psychology. To permeate these discussions, the Bioethics emerged in the '70s, trying to establish limits to the intervention of man on life, also indicating the possible risks arising of such applications. It calls, therefore, an interdisciplinary social debate, so that society can, in a pluralistic way, participate in the drafting of those guidelines to ensure the responsible exercise of the fundamental rights alongside the technical and scientific advances - particularly the human person's dignity. The rules and legal doctrines, through a constant discussion with the various segments of this new society, will have to be prepared to deal with disputes and conflicts involving bioethics issues, once the new human assisted reproduction techniques (HART) have already an unquestioned place in today's medicine, by bringing the happiness for many who want a son. Today, to know the law is not enough; its interpreters must also apply it in the service of mankind. Thus, the present work aims to analyze the way Brazilian law has received these new technologies. That implies also exposing and discussing some of the main juridical implications arising from the use of the HART - which are already part of our courts' reality, such as: the destiny of the exceeding embryos; the right to the genetic identity and filiation, and the existence (or not) of a right to use such techniques by atypical families. In the last part, the legal vacancy existing on ART was exposed and a particular topic was reserved to discuss the legislative proposals in the National Congress. Finally, in the end of the study, it was concluded that while living without an specific legislation regulating the use of the HART, we must look in the principles of Biolaw to guide future positions to be taken in order to solve the most diverse ethical and legal conflicts, under penalty of despise the higher foundation of the Democratic State of Right.

Key-words: Human assisted reproduction, biolaw, reproductive rights, filiation, genetic ancestry, exceeding embryos, biotechnology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (TRHA)	16
2.1 Linhas gerais acerca da reprodução humana	16
2.2 Evolução histórica	17
2.3 Técnicas de reprodução humana assistida: caracterização geral	20
2.3.1 <u>Inseminação artificial</u>	20
2.3.2 <u>Fertilização <i>in vitro</i> (FIVET)</u>	21
2.3.3 <u>Transferência intratubária de gametas (GIFT)</u>	24
2.3.4 <u>Transferência intratubária de zigotos (ZIFT)</u>	25
2.3.5 <u>Criopreservação de gametas e embriões</u>	26
2.3.6 <u>Injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)</u>	27
2.3.7 <u>A maternidade de substituição</u>	28
2.3.8 <u>Técnicas mais recentes</u>	30
3 O DIREITO NO SÉCULO BIOTECNOLÓGICO	32
3.1 Linhas gerais acerca do Biodireito	32
3.2 O papel da Bioética na construção do Biodireito	33
3.3 O principialismo da Bioética moderna e a sua recepção no Brasil	36
3.4 A principiologia do Biodireito	39
3.4.1 <u>Princípios gerais</u>	41
3.4.1.1 <i>Dignidade da Pessoa Humana</i>	41
3.4.1.2 <i>Igualdade material</i>	42
3.4.1.3 <i>Justiça Social e Solidarismo</i>	42
3.4.1.4 <i>Pluralismo</i>	43
3.4.1.5 <i>Liberdade</i>	43
3.4.2 <u>Princípios especiais</u>	43
3.4.2.1 <i>Paternidade responsável e melhor interesse da criança</i>	44
3.4.2.2 <i>Identidade biológica pessoal e sua intangibilidade</i>	45
3.4.2.3 <i>Consentimento livre e informado</i>	45
3.4.2.4 <i>Direito ao sigilo e à privacidade</i>	46

4 QUESTÕES JURÍDICAS LIGADAS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA)	47
4.1 Direito ao uso das TRHA: bases e limites constitucionais	47
4.2 Status jurídico do embrião e a problemática dos embriões excedentes	50
4.3 A admissibilidade de pesquisas com embriões: retratos do direito comparado	53
4.3.1 O julgamento da ADI 3510/05 e o posicionamento do STF	56
4.4 O uso das TRHA por entidades familiares monoparentais e/ou homoafetivas	63
4.4.1 Monoparentalidade	64
4.4.2 Homoafetividade	66
4.5 Novos modelos de filiação: verdade biológica <i>versus</i> verdade afetiva	68
4.5.1 Estado de filiação e origem genética: distinções	69
5 ANÁLISE (DA LACUNA) NORMATIVA EM RELAÇÃO ÀS TRHA	72
5.1 O valor jurídico da Resolução n. 1358/92 do CFM e a Lei n. 11.105/05	72
5.2 Os principais obstáculos à positivação do Biodireito no sistema jurídico pátrio	73
5.3 Uma visão panorâmica dos principais Projetos de Lei (PL) em trâmite no Congresso Nacional	76
5.3.1 Aspectos legislativo-processuais do PL 1.184/2003	82
6 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim mediato analisar a maneira com a qual o sistema jurídico pátrio tem recepcionado os avanços decorrentes do desenvolvimento biotecnológico – uma realidade em todo o mundo. Dentro desse vastíssimo contexto, dar-se-á especial atenção aos debates envolvendo a possibilidade científica de se gerar um ser humano por meio de técnicas em laboratório, não mais sendo necessária, para tanto, a tradicional interação física entre o homem e a mulher.

Trata-se, pois, de tema extremamente relevante e atual, uma vez que a demanda por clínicas de fertilização assistida vem crescendo consideravelmente em todo o mundo, ao passo em que se sedimenta nas sociedades atuais o conceito de família vinculado à idéia de sócio-afetividade. Neste ponto, espera-se que a procura aumente ainda mais quando as técnicas reprodutivas passarem a ser oferecidas à população de forma gratuita, ou subsidiada, por meio de iniciativas públicas. De tal feita, as novas tecnologias reprodutivas têm trazido desafios aos estudiosos dos mais diversos campos do conhecimento, tendo em vista as implicações valorativas e éticas que engendra. Isto se dá, talvez, devido à dicotomia interna da questão: as novas técnicas conceptivas, de um lado, solucionam a esterilidade do casal, que poderá ver garantido seu direito à descendência; por outro lado, acarretam sérios problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos.

No Brasil, a medicina reprodutiva já se encontra bastante desenvolvida, mas é regulamentada, apenas, pela Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual apresenta normas éticas para o uso das técnicas de reprodução artificial, constituindo apenas um documento de caráter normativo profissional, sem qualquer força impeditiva. Percebe-se, portanto, que o Direito não acompanhou os avanços biomédicos, razão pela qual se recorre à Bioética com o intuito de solucionar eventuais conflitos decorrentes da interação do homem com as novas tecnologias. Todavia, os princípios bioéticos não possuem força de lei, estando os cientistas *livres*, de alguma forma, para realizarem experimentos ao seu alvedrio. Daí decorre a necessidade de se regulamentarem juridicamente os avanços científicos atuais, em especial, a reprodução medicamente assistida.

Assim, volta-se o presente estudo à análise direta dos principais conflitos ético-jurídicos gerados em razão da aplicação concreta de tais métodos, e, principalmente, dos mecanismos adotados em diferentes ordenamentos jurídicos, no sentido de dirimi-los.

Pretende-se, de igual forma, compreender o modo como as diferentes culturas recepcionam e tratam esses novos institutos do Biodireito - em especial os países da comunidade europeia. Para tanto, faz-se necessário trazer à baila algumas das hipóteses fáticas que constituem a temática do Biodireito - associado à reprodução humana assistida -, a fim de demonstrar o modo como o Judiciário e o Legislativo vêm abordando tais questões impregnadas por desafios reguladores.

A idéia de abordar o assunto em minha monografia começou a germinar há cerca de dois anos, quando iniciei projeto de Iniciação Científica voltado para esta área do Direito, tendo sido dado maior enfoque às suas implicações no âmbito do Direito de Família, sob a orientação do Professor Flávio Alves Martins. Estímulo maior ainda foi, em outubro de 2007, a publicação de um artigo¹, resultado (parcial) de toda a pesquisa que vem sendo realizada ao longo de minha participação nas três últimas Jornadas de Iniciação Científica Julio Massarani (2006, 2007 e 2008).

Por tudo isso, o presente estudo visa, além de se tornar mais uma fonte de conhecimento para acrescentar no estudo do assunto, também levantar uma crítica construtiva para que se possa avançar no que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados - ainda bastante discutidos - bem como no que tange à regulamentação parlamentar das TRHA, visto que cada problema social que envolve a utilização desses novos meios científicos merece uma resposta concreta e efetiva, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

Inicia-se o trabalho, no **primeiro capítulo**, com a análise dos aspectos médicos das técnicas de reprodução humana assistida, onde são feitas breves considerações acerca dos diversos procedimentos, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, que possibilitam a transposição da infertilidade por algumas pessoas ou casais que desejam desenvolver um projeto parental.

No capítulo seguinte são apresentados os diversos aspectos que envolvem o **Direito no século biotecnológico**. Neste compasso, intenta-se expor as principais características do estado atual do Biodireito no Brasil, de modo a evidenciar a relevância do papel desempenhado pelos princípios bioéticos - *eficiência, justiça e autonomia* - na formulação de novas normas jurídicas que atualizem o ordenamento pátrio, bem como à adequação daquelas já existentes. Ao final, formula-se o esboço de uma estrutura principiológica do Biodireito, a

¹ ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; FRANÇA, Gabriel Valladão; MARTINS, Flávio Alves. **A origem da vida e seus impactos jurídico-sociais**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, n.º. 45, ano X, 30/09/2007 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2238. Acesso em 07 de novembro de 2008.

fim de auxiliar a compreensão e análise das questões problemáticas apresentadas nos tópicos seguintes.

Em relação às conseqüências do uso e aplicação das TRHA, no **terceiro capítulo** procura-se expor e questionar alguns dos pontos de maior relevância para o Biodireito que vêm sendo, inclusive, objeto de ferrenhas discussões nos tribunais superiores de todo o mundo.

Em um primeiro momento discute-se acerca da existência de um *direito fundamental à procriação assistida*. Para tanto, trata-se brevemente dos direitos constitucionais diretamente ligados às técnicas de RHA, quais sejam o direito à dignidade, direito à vida, direito de gerar e direito à liberdade científica, com vistas a estabelecer um sistema de bases e limites para o exercício de tal direito reprodutivo – sem, contudo, negar-lhe legitimidade constitucional.

Em seguida, coloca-se a discussão acerca do destino a ser dado aos embriões que não foram utilizados no processo de fertilização *in vitro* e que são congelados para criopreservação – os chamados supranumerários. Sendo certo que, tal como os tidos como inviáveis, as células congeladas seriam simplesmente descartadas após determinado tempo de criopreservação, muitos defendem que elas poderiam ser utilizadas pela ciência em prol do desenvolvimento das pesquisas com as denominadas células-tronco embrionárias. Nesse sentido dispõe a atual lei de Biossegurança, que admite a realização de tais pesquisas desde que respeitadas as condições previstas no mesmo documento. Entretanto, outra parcela da sociedade entende que a admissibilidade de tais pesquisas seria inconstitucional, já que, para eles, o embrião já seria titular de uma vida humana em potencial e, portanto, digna de tutela constitucional. Essa discussão, contudo, parece ter chegado ao fim com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº. 3.510/DF) que acabou por confirmar a admissibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil.

Finalizando a temática dos limites à reprodução assistida, tem-se a questão de saber se existiria ou não um direito de acesso às TRHA por parte de casais homossexuais e famílias monoparentais. Neste tópico procurou-se demonstrar, com base no artigo 226 da Constituição Federal, que tal direito reprodutivo - assim como todos os outros garantidos constitucionalmente às famílias matrimoniais - deverá ser estendido a toda e qualquer espécie de *entidade familiar*, desde que estejam configurados os requisitos necessários a caracterizar a existência de um projeto parental adequado ao melhor interesse da criança, além dos laços de afetividade, respeito e solidariedade recíproca.

Ainda no contexto das implicações jurídicas decorrentes da RHA, demonstra-se que ao lado da filiação natural e da civil, houve o surgimento de outra espécie, denominada de **filiação artificial**, decorrente da reprodução artificial homóloga e heteróloga. Ressalte-se que o estabelecimento jurídico dessa nova espécie de filiação não se dá da mesma forma que a da filiação natural, exigindo novos critérios para sua constituição. Verifica-se, portanto, uma *desbiologização* dos critérios envolvendo o reconhecimento jurídico da existência de laços materno-paterno-filiais. De igual modo, é feita uma dissociação entre os conceitos de direito ao conhecimento da *ascendência genética* e direito ao *estado de filiação*, tendo em vista possuírem implicações substancialmente distintas, em especial no que concerne ao direito de família e ao direito sucessório.

Por fim, visando estabelecer um *possível* perfil a ser adotado pelo legislador brasileiro, no **quarto capítulo** serão investigadas as concretas possibilidades da futura lei brasileira acerca do tema, levando-se em consideração as propostas dos diferentes Projetos de Lei referentes à matéria, em trâmite no Congresso Nacional. Ainda no âmbito dessa **análise da lacuna normativa no ordenamento pátrio**, foram expostos também os principais obstáculos e dificuldades encontradas pelo legislador brasileiro ao percorrer o longo caminho da positivação do Biodireito.

2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (TRHA)

2.1 Linhas gerais acerca da reprodução humana assistida

Por reprodução humana entende-se o modo pelo qual o indivíduo procria, isto é, procedimento pelo qual dá vida à sua descendência, bem como às implicações interdisciplinares deste fenômeno. Atualmente divisam-se duas modalidades de reprodução humana, a natural e a artificial. Naquela, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre de forma natural, ou seja, sem necessidade de nenhuma intermediação. Por sua vez, na reprodução artificial há necessidade de intervenções externas para auxiliar a fecundação do óvulo pelo sêmen, quais sejam: as técnicas de procriação artificial.²

As técnicas de reprodução humana assistida³ são, dessa forma, meios hábeis para solucionar problemas de infertilidade, consistindo em um conjunto de operações para unir artificialmente os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano.⁴

Diversos motivos podem levar um casal ou uma mulher a buscar as técnicas de reprodução humana assistida, com a finalidade de procriação, sendo certo que a esterilidade pode se manifestar tanto em relação aos homens quanto às mulheres, bem como ter origem em fatores mistos, decorrentes do casal. É possível diferenciar, ainda, entre problemas de ordem física ou orgânica e os de ordem mental ou psicológica.⁵

Estudos demonstraram que cerca de 20% dos casais apresentam problemas de infertilidade. Dentre eles, estima-se que em 40% dos casos são ligados a fatores femininos, igualmente 40% a fatores masculinos, em 10% a fatores concorrentes entre o casal, e em 10% a fatores desconhecidos. Na ciência moderna, atualmente consideram-se estéreis aqueles casais ou aquelas mulheres que não conseguem gerar um filho após um ano de efetivas

² GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade, **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, abr./jun. 2005. p. 137.

³ Segundo Francisco Vieira Lima Neto, na Itália essas técnicas são chamadas de *procreazione artificiale*, na França de *procréation artificielle*, e na Espanha de *reproducción humana asistida*. A maternidade de substituição e contrato de gestação por outrem. In: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 497.

⁵ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 24.

relações sexuais não protegidas, conforme o critério da Organização Mundial da Saúde (OMS).⁶

Os diversos fatores que levam o indivíduo à infertilidade conduziram a medicina, com o avanço da biotecnologia, a desenvolver diferentes métodos capazes de contornar os problemas de esterilidade. Nasceu, assim, a procriação artificial como um meio pelo qual pessoas inférteis satisfazem o desejo da maternidade - ou então da paternidade.⁷ Entretanto, cabe salientar que a infertilidade não constitui um requisito legal absoluto para a aplicação de tais técnicas, cabendo sua fiscalização aos Conselhos Regionais de Medicina.

Largamente utilizadas na sociedade, as técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas da seguinte forma:

a) quanto à complexidade, são de alta e baixa complexidade, sendo que no primeiro caso, inclui-se o coito programado e a inseminação artificial, enquanto no segundo, a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI);

b) Sob o critério do local ou ambiente onde ocorre a concepção, sua divisão pode ser feita em dois grandes grupos: técnicas de fecundação *in vivo* - aquelas em que a concepção ocorre no corpo da mulher, como no caso da inseminação artificial; técnicas de fecundação *in vitro* - aquelas em que a concepção ocorre fora do corpo da mulher, isto é, em laboratório, como no caso da FIVETE, que consiste na fertilização *in vitro* e subsequente transferência de embriões para o corpo da mulher; e

c) quanto ao material genético utilizado, é possível dizer que a técnica de reprodução artificial utilizada é homóloga ou heteróloga; na primeira, os gametas utilizados são do próprio casal; na segunda hipótese, utiliza-se material genético de terceiro, sendo de doadores um ou os dois gametas utilizados.⁸

2.2 Evolução histórica das técnicas de reprodução humana assistida

No decorrer da história da humanidade, sempre houve uma grande preocupação com fertilidade. A mulher foi representada, desde as primeiras manifestações da arte, como uma

⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 32.

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 642.

⁸ Ibid. p. 643.

figura fecunda, capaz de gerar novos seres. Enquanto a fecundidade era considerada algo divino, uma benção, a esterilidade, por sua vez, era considerada algo negativo. Essa discriminação da pessoa estéril existente desde os primórdios da humanidade é perceptível ainda hoje.⁹

Até o final do século XV, acreditava-se que não existia infertilidade masculina, apenas a mulher era considerada estéril. Na Idade Média, os avanços da ciência se deram de forma lenta. A partir da descoberta do microscópio, no final do século XVI, mais precisamente em 1590, por *Leenvenhoek*, o desenvolvimento da ciência se tornou mais célere¹⁰. Contudo, somente no século XVII começou-se a admitir que não só a mulher, mas o homem também poderia ser estéril. Nesse mesmo século, *Spallanzani* estudou os efeitos do congelamento sobre os espermatozóides.¹¹

Por volta de 1970, começam as investigações sobre inseminação artificial na espécie humana, através de *Cary*, a partir das fórmulas utilizadas para a reprodução bovina¹². Em 1799, Hunter obteve a primeira gestão de uma mulher com sêmen do marido¹³, e a primeira inseminação artificial com sêmen de um doador ocorreu no final do século XIX, em 1884, feita por *Pancoast*, na Filadélfia, Pensilvânia.¹⁴

No final do século XIX, diversos pesquisadores concluíram que a fertilização ocorria com a união de um espermatozóide a um óvulo, através da cópula carnal. Em 1886, Montegazza propôs a criação de bancos de sêmen congelados. A fertilização *in vitro* começou a ser estudada em 1878 por Schenck, que tentou fertilizar, sem êxito, óvulos de cobaias. Nos Estados Unidos, e 1899, Dickinson praticou a inseminação artificial com sêmen de doador. Tornaram-se públicas, em 1953, as inseminações artificiais feitas com sêmen congelado.¹⁵

Em 1937, foi lançado um trabalho anônimo sobre fecundação humana *in vitro*. Rock e Menkin conseguiram, em 1958, a primeira fertilização extracorporal de um óvulo humano. Em 1961, a equipe do italiano Daniel Petrucci fecundou artificialmente um óvulo que foi mantido vivo durante 29 dias, mas, constatado o seu desenvolvimento anormal, foi descartado.

⁹ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2004. p. 11-14.

¹⁰ MACHADO, Maria Helena. Op. cit. p. 29.

¹¹ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

¹² MACHADO, Maria Helena. Op. cit. p. 29.

¹³ CAMARGO Juliana Frozel de. Op. cit. p. 22.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

¹⁵ CAMARGO, Juliana Frozel de. Op. cit. p. 22.

Apenas no século XX, com um maior conhecimento das ciências médicas, é que aconteceu, descobertas revolucionárias no campo da genética. Nesse sentido, a década de 70 foi de suma importância para o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida.¹⁶

Em 1971, foi filmado pela primeira vez um óvulo, por Mastroiani. Ainda nesse ano, Hayashi apresentou um filme, *Começo da vida*, mostrando o processo de reprodução dos seres humanos.¹⁷ Em 1970 e 1975, foram realizados vários estudos sobre fertilização *in vitro* com óvulos humanos, coleta de espermatozoides e óvulos, formação de embriões extracorporeamente e sua posterior implantação no útero¹⁸. No entanto, foi somente em 25 de julho de 1978 que o mundo assistiu, na cidade de Oldham, na Inglaterra, ao nascimento do primeiro bebê, *Louise Brown*, concebido pela fecundação *in vitro* dos gametas de seus pais legais, John Brown e Lesley, resultado do trabalho dos pesquisadores britânicos *Patrick Steptoe* e *Robert Edwards*. No mesmo ano, nasceu na Índia o segundo *bebê de proveta*, resultado do trabalho de *Saraji Kanti Bhattacharya*.¹⁹

Nos anos seguintes, as técnicas de reprodução humana assistida foram sendo cada vez mais utilizadas. Na Austrália, em 1980, já se registravam 13 casos de gravidez em 103 pacientes tratadas com a técnica de fertilização *in vitro*. Entre 1986 e 1988, na França, aproximadamente 4.000 mulheres engravidaram por esse método de procriação assistida. Na década de 90, já se estimava que nos Estados Unidos nasciam cerca de 20.000 crianças por ano, concebidas por inseminação artificial.²⁰

No Brasil, a primeira criança a nascer fruto da fertilização *in vitro* foi Ana Paula Caldera, no dia 7 de outubro de 1984, no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, resultado do trabalho de Milton Nakamura e seus colaboradores, sendo certo que, atualmente, já existe um grande número de *bebês de proveta* no país.²¹

Nota-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é mais uma realidade distante, pelo contrário, diversas pessoas se submetem aos métodos atualmente existentes para gerarem o tão desejado filho. Diante disso, é preciso que se determinem os contornos jurídicos das diversas situações que deles emanam. Para uma melhor compreensão

¹⁶ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 23.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 19.

¹⁸ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 24.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 510.

²⁰ Ibid. p. 512.

²¹ Ibid. p. 514.

do tratamento jurídico dado ao tema, é importante esclarecer os principais aspectos de cada uma das técnicas de reprodução assistida, o que será feito a seguir.

2.3 Técnicas de reprodução humana assistida: caracterização geral

2.3.1 Inseminação artificial

Um dos procedimentos mais simples de procriação artificial, pois não exige tantos recursos tecnológicos, e por essa razão pode ser classificada como de baixa complexidade - esta foi a primeira técnica de reprodução humana assistida de que se tem notícia²².

A inseminação artificial é classificada como técnica de fecundação *in vivo*, isto é, não há manipulação externa do óvulo ou embrião. Neste método, os espermatozóides são coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero da mulher, sem necessidade de anestesia.²³

Quando a técnica começou a ser utilizada, usava-se o sêmen *a fresco* da seguinte forma: à medida do ato ejaculatório, o sêmen era injetado através de uma seringa no colo do útero ou na vagina da mulher. Atualmente, a inseminação é realizada em laboratório, cujo procedimento consiste, basicamente, em recolher o sêmen do homem e depositá-lo por meio de um instrumento denominado *cateter* no útero da mulher receptora, com a prévia desinfecção de seus genitais.²⁴

A inseminação artificial pode ser: a) **homóloga**, quando os espermatozóides colhidos para introdução no corpo da mulher são do seu marido ou companheiro; b) **heteróloga** ou *exogâmica*, no caso em que os espermatozóides colhidos são de um terceiro, um doador, sendo imprescindível o consentimento do casal; c) **mista**, no caso de serem inseminados, na mulher, espermatozóides do seu marido ou companheiro, juntamente com espermatozóides de um ou mais doadores férteis.²⁵

²² Ibid. p. 526.

²³ Ibid. p. 527.

²⁴ Ibid. p. 527.

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 230.

Costuma-se dizer que a inseminação artificial homóloga é indicada para os casos de incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligospermia e a retroejaculação (retenção dos espermatozóides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e infertilidade secundária após tratamento esterilizante. Já a inseminação artificial heteróloga é indicada para os casos de azoospermia, oligospermia, teratospermia, hipofertilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido ou companheiro e incompatibilidade do tipo sangüíneo do casal, que pode gerar a interrupção da gravidez. Por fim, a inseminação artificial mista é indicada quando há uma insuficiência dos espermatozóides do marido ou companheiro, quando se misturam a eles espermatozóides de um doador fértil, como mencionado.²⁶

2.3.2 Fertilização *in vitro* (FIV ou FIVETE)

Conhecida também por produzir o “bebê de proveta”, a fertilização *in vitro* (*in vitro fertilization*) é feita mediante uma indução artificial do ciclo menstrual da mulher. Essa técnica reproduz de forma artificial o ambiente das trompas de Falópio, em um tubo de ensaio ou em uma placa, propiciando a fecundação do óvulo por meios laboratoriais. Recomenda-se sua utilização se houver obstáculos que impedem que esse fenômeno se realize *intra corpore*²⁷, como nos casos em que há lesão das tubas, laqueadura sem chance de reversão, endometriose, infertilidade masculina ou esterilidade sem causa aparente.

Como o próprio nome sugere, esta técnica de procriação assistida é feita *in vitro*, ou seja, a concepção ocorre fora do corpo da mulher, e por isso mesmo é vista como um método complexo. Quanto ao material genético utilizado, da mesma forma que na inseminação artificial, esta técnica de reprodução artificial pode ser homóloga (material genético do casal), heteróloga, quando há utilização de material genético de um doador, ou ainda mista, quando a fecundação é realizada com sêmen proveniente de vários homens.

Para que se realize a FIV, é preciso que se observem algumas fases. Primeiramente, é necessário que haja uma estimulação ou indução da ovulação, através de drogas injetáveis que controlam o ciclo, aplicando-se uma dose diária de estrogênio até o dia da retirada dos óvulos

²⁶ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 31.

²⁷ CAMARGO, Juliana Frozel de. Op. cit. p. 28.

por laparoscopia ou de uma cânula acoplada a um aparelho de ultra-som vaginal²⁸. Doses elevadas das drogas podem levar a uma estimulação exagerada dos ovários, chamada de síndrome da hiper-estimulação ovariana.²⁹

Deve ser feito um monitoramento do crescimento dos folículos ovarianos através de ultra-sonografia transvaginal, para que se possam individualizar as doses das drogas ministradas, prevenindo os efeitos colaterais. Quando os folículos atingem cerca de 18 mm, passam a ser considerados maduros e aplica-se uma injeção de HCG (gonadotrofina coriônica humana, hormônio que marca a maturação final dos óvulos e determina o momento para a coleta).³⁰

Passa-se em seguida, após 32 a 36 horas contadas da injeção de hormônio, para a segunda fase, qual seja a coleta de óvulos, que é realizada por meio de uma punção, devendo a mulher ser sedada, por via endovenosa ou anestesia local, procedimento que é realizado em ambiente cirúrgico.³¹

Nesta fase, deve ser feita a coleta da amostra de sêmen pelo meio natural e, em seguida, os espermatozóides deverão ser lavados por meio de cultura de células e centrifugação, para que haja uma separação do plasma seminal, resultando em um preparo de espermatozóides com maior capacidade para fertilização. A importância desse processo está no fato de que ele permite a remoção de substâncias químicas e bactérias que podem causar reações adversas ou contrações uterinas intensas.³²

A terceira fase consiste na fertilização realizada por meio da manipulação dos gametas masculino e feminino, devendo ser feita a adição, ao meio de cultura em que se encontra o óvulo, de 60.000 a 150.000 espermatozóides móveis e normais. Após 12 a 16 horas, os gametas devem ser observados para que se verifique se ocorreu ou não a fertilização, o que é determinado pela presença de dois pró-núcleos (masculino e feminino).³³

Decorridas 36 a 48 horas da punção, deverão os embriões ser examinados novamente, e se tiverem atingido o estágio de duas a quatro células, poderão ser transferidos para o útero materno³⁴. Nesse momento é feito um exame diagnóstico prévio ao implante dos embriões disponíveis, com a finalidade de serem transferidos ao útero feminino os embriões que

²⁸ Ibid. p. 29.

²⁹ TOGNOTTI, Elvio *et al.*, Técnicas de reprodução assistida de baixa complexidade, *In*: Edson Borges Júnior (org.), **Consenso brasileiro em indução da ovulação**, São Paulo: BG Cultural, 2000. v. 1. p. 3.

³⁰ LEITE, Leonardo. **Fertilização “in vitro”**. Disponível em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2008.

³¹ Loc. cit.

³² Loc. cit.

³³ Loc. cit..

³⁴ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 33.

possuem maiores condições de assegurar o sucesso no tratamento. Após a escolha dos embriões que serão implantados, é feita a transferência embrionária, com a paciente em posição ginecológica. Os embriões são transferidos para o útero através de cateter especial, com monitoramento ultrasonográfico.³⁵

Costuma-se fertilizar um número maior de embriões em relação à quantidade prevista para implante na futura mãe, pois quanto mais embriões forem transferidos para o útero da mulher, maiores serão as chances de se obter uma gravidez. Essa prática evita que a mulher tenha que se submeter a diversos procedimentos de retirada de óvulos, na medida em que possibilita o implante dos embriões adicionais fertilizados, previamente crioconservados, caso não tenha sido alcançada a gravidez no ciclo anterior.³⁶

Se o implante de embriões for bem sucedido na primeira tentativa, naturalmente os embriões adicionais fertilizados não serão mais necessários. Nasce aqui um dos maiores problemas das técnicas de reprodução humana assistida: os embriões excedentes, aqueles que não foram utilizados no tratamento.³⁷

Oportuno destacar que a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina³⁸ estabelece em *quatro* o número de embriões que podem ser implantados no útero da mulher.

As probabilidades de sucesso, alcançando-se uma gravidez saudável, com a utilização dessa técnica, variam conforme a idade da mulher, ficando em torno de 35% para as mulheres até 30 anos, 30% para as mulheres entre 30 e 35 anos de idade, 28% para as mulheres entre 35 e 37 anos, 20% para as mulheres de 38 a 40 anos, 10% quando a idade é de 41 e 42 anos, caindo para 4%, quando a mulher tem mais de 42 anos de idade.

Apesar de aparentemente simples, este procedimento é complexo e suscita inúmeras questões legais, tais como a necessidade de se estabelecer o número ideal de oócitos que devem ser fertilizados e transferidos para o útero da mulher, a possibilidade de crioconservação de embriões e o destino dos embriões excedentes, dentre outras que serão abordadas de forma mais detida ao longo deste trabalho.

³⁵ LEITE, Leonardo, Op. cit.

³⁶ Note-se que também aumentam os riscos de uma gravidez múltipla.

³⁷ MORAN, Luis González, *Aspectos jurídicos de la procreación asistida*, in: Javier Gafo (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1998, p. 165.

³⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º. 1.358, de 19 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

2.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A transferência intratubária de gametas³⁹ é um método de procriação artificial proposto como uma alternativa à fecundação *in vitro*, criado pelo argentino Ricardo Asch, em 1984. Em 1985, registrou-se o nascimento da primeira criança utilizando-se a GIFT, e os resultados positivos alcançados pelo procedimento foram logo confirmados por outros pesquisadores.⁴⁰

Esta técnica difere da fertilização *in vitro* por permitir que a fecundação ocorra dentro do corpo humano. Conseqüentemente, é uma técnica de procriação artificial *in vivo*. No que se refere à estimulação da ovulação e à coleta e preparação do esperma, utilizam-se os mesmos procedimentos da fertilização *in vitro*.

O método GIFT é realizado através da introdução do esperma por meio de um cateter que é transferido para uma ou para as duas trompas, sendo, por isso, condição básica para a sua utilização a comprovação de permeabilidade tubária. Geralmente são transferidos dois a três óvulos por trompa, juntamente com cerca de 80.000 a 150.000 espermatozóides.⁴¹

A vantagem da GIFT é permitir o encontro natural entre os espermatozóides e os óvulos, todavia tem a desvantagem de não permitir a avaliação da qualidade da fertilização, pois não é possível visualizar o embrião. Além disso, exige a realização de uma laparoscopia⁴², sendo preciso que a mulher se submeta a uma anestesia geral.

Classifica-se como de alta complexidade, podendo ser homóloga ou heteróloga, dependendo do material genético que seja utilizado. Ela é indicada para os casos de esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.⁴³

2.3.4 Transferência intratubária de zigotos (ZIFT)

³⁹ *Gamete intrafallopian transfer.*

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 48.

⁴¹ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 34-35.

⁴² A laparoscopia consiste em um exame endoscópico da cavidade abdominal, que exige uma incisão abdominal para ser realizado.

⁴³ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 36.

A transferência intratubária de zigotos⁴⁴, ou transferência de zigotos nas trompas de Falópio, é uma técnica que conjuga dois dos métodos anteriormente estudados, GIFT e fertilização *in vitro*. Destarte, por essa técnica, o encontro entre o óvulo e o espermatozóide é feito fora do corpo da mulher. Aguarda-se cerca de dezoito horas após a fecundação *in vitro*, quando já existe a possibilidade de se constatar a presença de pró-núcleos (*pronuclear stage transfer* – PROST). Nas outras técnicas, a transferência é feita após um período superior de tempo, ocorrendo a divisão celular ainda *in vitro*, transferindo-se embriões com duas a oito células (*tubal embryo stage transfer* – TEST).⁴⁵

Esta técnica assegura a constatação da fertilização e sua qualidade, seguindo-se a colocação do zigoto em seu meio natural, o terço distal da trompa, ao invés de ser diretamente implantado no útero, como na FIVETE. Possui a vantagem de constatação da qualidade do zigoto, somada à sua implantação em meio natural. Possui as mesmas indicações que a GIFT, quais sejam os casos de esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.⁴⁶

2.3.5 Criopreservação de gametas e embriões

A criobiologia estuda a conservação de espermatozoides e óvulos em nitrogênio líquido, à temperatura de 196°C negativos, com preservação de sua capacidade de fertilização e desenvolvimento embrionário inicial. Permite-se, destarte, a preservação da vida desses gametas por tempo indeterminado. Estuda também a possibilidade de conservação de embriões, que são revestidos por uma substância crioprotetora (glicerol), que impede os efeitos do congelamento.⁴⁷

⁴⁴ *Zygote intrafallopian transfer*.

⁴⁵ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 36.

⁴⁶ Loc. cit.

⁴⁷ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; JUNIOR, Edson Borges. Reprodução assistida: até onde podemos chegar? **Compreendendo a ética e a lei**, São Paulo: Gaia, 2000. p. 59.

Em novembro de 1983, na Austrália, mais especificamente no Queen Victoria Hospital de *Melbourn*, uma equipe dirigida pelo cirurgião Wood conseguiu a primeira gravidez que resultou da implantação de um embrião que havia sido congelado durante quatro meses. Dos seis óvulos extraídos da mãe, três, após a fertilização *in vitro*, foram inseridos sem êxito. Os outros três foram fertilizados e criopreservados, tendo sido implantados, e posteriormente resultando no nascimento de uma menina, a bebê Zoe.⁴⁸

No cenário internacional, os posicionamentos são os mais diversos quanto ao tempo em que os materiais genéticos fecundantes e fecundados podem ficar criopreservados. No Reino Unido, se preconiza um período máximo de dez anos. O informe de *Walle* na Austrália estabelece o prazo de cinco anos. Da mesma forma, a Lei espanhola n. 14/2006 e as Leis francesas n. 94.653 e 94.654, de 1994. A Lei norueguesa n. 56/94 estabelece o prazo máximo de três anos. As Leis dinamarquesa n. 503/92 e austríaca n. 275/92 estabelecem o prazo máximo de 12 meses. Na Suíça, foi referendado, em maio de 1991, um artigo constitucional que proíbe a criopreservação de embriões e impõe a transferência para o útero de todos os embriões obtidos num ciclo de tratamento.⁴⁹

No Brasil, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na sua Seção V (Criopreservação de gametas ou pré-embriões), afirma que as clínicas podem criopreservar tanto os gametas, quanto os pré-embriões (item 1). Afirma ainda que os pré-embriões não poderão ser descartados nem destruídos (item 2). Ademais, pode-se afirmar que a técnica de criopreservação, no Brasil, atualmente, nas suas variadas modalidades, é lícita⁵⁰, já que não há nenhuma proibição no sistema normativo pátrio; desde que associada à finalidade única de procriação e resguardada a vida humana. Cabe frisar, por outro lado, que, independentemente de se tratar de criopreservação de gametas ou embriões, é imprescindível o consentimento expresso do casal, devendo ser dadas todas as informações quanto aos riscos inerentes ao processo de congelamento e descongelamento dos gametas e dos embriões.

No que tange aos gametas, sejam os óvulos ou os espermatozoides, aceita-se, nas doutrinas nacional e estrangeira, a criopreservação de forma mais pacífica, pois, nesses casos, há unanimidade em reconhecer que ainda não é possível falar em vida humana.

Os maiores questionamentos começam a surgir em torno dessa prática, em razão dos embriões fertilizados *in vitro*. Ocorre que nem sempre todos os embriões congelados serão

⁴⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 99.

⁴⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 39.

⁵⁰ Ibid. p. 40.

utilizados pela mulher que se submete a esse tipo de tratamento. Somente serão utilizados na medida em que as tentativas de implantação dos embriões no útero da paciente falharem.

Acerca dessa temática, surgem diversas questões éticas e jurídicas sobre a problemática dos *embriões excedentários*. A despeito da importância ética da questão, o presente trabalho não deseja discutir problemas de tal natureza, objetivando, sim, saber quais são as questões juridicamente qualificadas e, em consequência, quais as respostas dadas pelo sistema jurídico a elas. Para tanto, o ponto será desenvolvido em tópico específico, quando da análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIn 3510/05 – marco histórico para o Biodireito no Brasil.⁵¹

2.3.6 Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)

Esta técnica, desenvolvida na Bélgica, é indicada para os casos de infertilidade masculina grave, que não podem ser solucionados pela FIV. Com o advento desta técnica, homens que eram considerados estéreis irreversivelmente, por apresentarem problemas com o número, motilidade ou forma dos espermatozoides, ou ainda nos casos de dificuldade de ejaculação, passaram a ter chances de procriar. Esta técnica não serve para solucionar problemas de morfologia dos espermatozoides.⁵²

Na ICSI, o espermatozóide é recuperado no epidítmio, canal que fica logo após a saída do testículo, ou retirado diretamente deste através de uma biópsia⁵³. A técnica é realizada com o auxílio de microscópio e consiste em injetar um único espermatozóide dentro do oócito maduro, diretamente, promovendo, assim, a fecundação. O procedimento é feito com

⁵¹ Decisão: “Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes”. BRASIL. STF. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgado em 29.05.08. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

⁵² BALDA, José Antonio Ruiz, *Aspectos científicos de la fecundación in vitro, in Javier Gafo (Ed.), Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. p. 45.

⁵³ Clínica Dr. Marcelo Faria, Reprodução humana. Disponível em <http://www.clinicadrmcelofaria.com.br/reprodução.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

microagulhas, que são mais finas que um fio de cabelo, sendo que uma delas segurará o óvulo e a outra pegará o espermatozóide, que será imobilizado e injetado naquele.⁵⁴

Diversas técnicas de micromanipulação tentaram resolver o problema do obstáculo da zona pelúcida, camada que envolve o óvulo, para facilitar a penetração do espermatozóide, mas foi com a ICSI que se passou a atingir um resultado satisfatório. Por essa razão, a ICSI representa um enorme passo no tratamento da infertilidade, mas que deve ser utilizado, devido aos riscos do tratamento, somente nos casos em que realmente seja necessário.⁵⁵

Cabe frisar, por fim, a injeção nuclear de espermátide (ROSNI). Essa técnica, ainda experimental, tem sido associada à ICSI no caso de deficiência na maturação dos espermatozóides. Recorre-se ao uso de espermátides (formas imaturas dos espermatozóides que já contêm a carga genética necessária à reprodução), através da retirada de um pedaço do tecido do testículo onde estão localizadas, processando-se, em laboratório, seu amadurecimento artificial, para poderem fecundar o óvulo. Esta técnica causa divergências no mundo científico, estando proibida na França por não haver estudos que assegurem a não ocorrência de danos aos conceitos.⁵⁶

2.3.7 A maternidade de substituição

A maternidade de substituição consiste em assegurar uma gestação quando o útero da mulher não possui condições de permitir o desenvolvimento normal de um embrião, ou quando a gravidez apresentar risco para a mãe. Para tanto, é preciso apelar a um terceiro - uma mulher, que fará a cessão do seu útero com o intuito de possibilitar o desenvolvimento normal da gravidez.⁵⁷

As indicações médicas para utilização dessa técnica são: infertilidade vinculada a uma ausência de útero, seja ela congênita ou adquirida; patologia uterina de qualquer tratamento

⁵⁴ Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih, Tratamentos: histórico, ICSI passo a passo, indicações, técnica de ICSI, disponível em http://www.abdelmassih.com.br/tr_icsi01.php. Acesso em 18 de outubro de 2008.

⁵⁵ BALDA, José Antonio Ruiz. Op. cit. p. 59.

⁵⁶ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução humana assistida**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 75.

⁵⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 191.

cirúrgico; contra-indicações médicas para uma eventual gravidez; insuficiência renal severa; e diabetes grave insulino-dependente.⁵⁸

Os primeiros casos clínicos concernentes à cessão de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Em 1988, tornou-se conhecida da população norte-americana a existência de uma associação de mães de substituição.⁵⁹

Ordinariamente, o empréstimo do útero comporta três hipóteses distintas, quais sejam:

a) a mãe portadora é aquela que apenas “empresta” o seu útero. Os embriões a serem implantados são provenientes do casal solicitante e obtidos mediante a técnica de fertilização *in vitro*;

b) a mãe de substituição “empresta” seu útero e doa seus óvulos. Nesse caso, proceder-se-á a uma inseminação artificial, utilizando-se os espermatozóides do marido ou companheiro da mulher que não pode conceber;

c) na terceira hipótese, existem três mulheres envolvidas: a que deseja ter o filho, a que “empresta” o útero e a que doa o óvulo para ser fecundado com o sêmen do marido ou companheiro da mulher solicitante⁶⁰, ou de um doador.

No primeiro caso, a técnica é considerada de alta complexidade, *in vitro*, homóloga ou heteróloga; no segundo, ter-se-á um caso de procriação assistida de baixa complexidade, *in vivo*, e heteróloga; e, no terceiro caso, ter-se-á novamente uma técnica de alta complexidade, *in vitro*, heteróloga. Na doutrina, ademais, é feita uma distinção entre mãe portadora e mãe substituta. Enquanto a mãe portadora recebe o sêmen do marido ou companheiro da mulher que deseja ter o filho, a mãe substituta recebe o óvulo já fertilizado.⁶¹

Nota-se que a maternidade de substituição não é na verdade uma técnica de reprodução assistida, e sim uma prática que possibilita a procriação por intermédio de um dos métodos acima estudados.

2.3.8 Algumas técnicas mais recentes

⁵⁸ Ibid. p. 192

⁵⁹ Disponível em <http://www.surrogatemothers.com>. Acesso em 09 de novembro de 2008.

⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Idem*, cit., p. 68; MACHADO, Maria Helena, cit., p. 53.

⁶¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Idem*, cit., p. 69.

Além das técnicas de reprodução humana assistida apresentadas, também podem ser citados outros mecanismos de procriação artificial mais modernos. Dentre os últimos avanços da medicina nessa área, destacam-se os seguintes:

a) *in vitro maturation* (IVM): esta técnica ainda é considerada experimental e é indicada às mulheres que sofrem riscos com a estimulação ovariana usada na FIV tradicional, especialmente as portadoras de síndrome dos ovários policísticos (SOP). O procedimento consiste basicamente em retirar os óvulos ainda imaturos, colocá-los em meio de cultura que contém os hormônios estimulantes e esperar que amadureçam em uma estufa que mimetiza o ambiente natural do corpo humano. Depois de maduros, os óvulos de boa qualidade serão fertilizados para a formação de embriões;⁶²

b) troca de citoplasma: é a técnica através da qual se faz a retirada de parte do citoplasma do óvulo da mãe, seguindo-se a substituição por um citoplasma de um óvulo jovem de uma doadora. Busca-se com isso obter um óvulo rejuvenescido, pronto para ser fecundado. Recomenda-se essa técnica para mulheres mais maduras. A criança que nascer a partir da utilização dessa técnica terá o código genético proveniente de três pessoas distintas (pai, mãe e doadora do óvulo);⁶³

c) criação artificial de óvulos: por esta técnica, consegue-se criar um óvulo saudável a partir da transformação de uma célula qualquer do corpo, que tem 46 cromossomos, em uma célula reprodutiva, que tem 23 cromossomos. Para tanto, é feita a substituição do material genético do núcleo do óvulo natural doente pelos cromossomos de uma célula comum, por meio de uma descarga elétrica. Divide-se a cadeia de 46 cromossomos em duas de 23, e uma delas é retirada. Este método é recomendado para mulheres que têm óvulos debilitados ou que não os produzem;⁶⁴

d) transplante de núcleo: consiste na retirada do núcleo do óvulo defeituoso e sua substituição por um núcleo saudável proveniente de um óvulo de uma doadora. Recomenda-se para os casos de mulheres com idade mais avançada, ou com óvulos doentes, que não desejem receber doação de óvulos;⁶⁵ e

e) congelamento de tecido ovariano: nesta técnica, congelam-se os folículos (óvulos imaturos) de uma mulher em idade reprodutiva para que, posteriormente, ela possa gerar uma

⁶² Nasceram na Inglaterra, no dia 18 de outubro de 2007, os primeiros bebês gerados a partir de óvulos que foram maturados em laboratórios. Os nomes das crianças não foram revelados, mas o tratamento foi feito no Centro de Fertilidade de Oxford, a única clínica do Reino Unido a ter licença para fazer tal tratamento. Disponível em http://claudiacollucci.blog.uol.com.br/arch2007-10-01_2007-10-31.html. Acesso em 18 de outubro de 2008.

⁶³ FERNANDES, Sílvia da Cunha. Op. cit. p. 49.

⁶⁴ Loc. cit.

⁶⁵ Loc. cit.

criança com o seu próprio óvulo. Destarte, devido a esta técnica, uma mulher de cinquenta anos poderá gerar uma criança com um óvulo seu de quando tinha vinte anos, por exemplo. Contudo, os cientistas ainda não sabem como transformar um folículo em óvulo sadio. É recomendada esta técnica para mulheres que desejem ter filhos em idade madura, ou que necessitem retirar os ovários, por exemplo, em razão de câncer, dentre outras doenças e tratamentos que podem levar a mulher à infertilidade.⁶⁶

Cabe ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida não constituem uma terapia de cura da esterilidade ou infertilidade. Prestam-se, na realidade, para proporcionar às pessoas incapazes de gerar filhos pelos meios naturais⁶⁷ a concretização de um sonho: serem pais.

Atualmente, cerca de 20% dos casais no mundo possuem problemas para procriar. Assim sendo, as técnicas de reprodução humana assistida, com o desenvolvimento alcançado nas últimas décadas, passaram a ter um papel importante na sociedade, e constituem hoje um número significativo dos contratos realizados entre médicos e pacientes⁶⁸, ensejando questionamentos jurídicos extremamente abrangentes, refletindo em diversos campos do Direito de Família, da Responsabilidade Civil e, precipuamente, do Direito Constitucional.

⁶⁶ Loc. cit.

⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 97.

⁶⁸ De acordo com relatório divulgado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) em setembro de 2008, com base em declarações prestadas ao Sistema Nacional de Proteção ao Embrião (SisEmbrião), estima-se que existam atualmente 120 clínicas de reprodução humana assistida no país, sendo que apenas 50 delas declara funcionar também como Banco de Células e Tecidos Germinativos (BCTG). Disponível em http://www.anvisa.gov.br/sangue/relatorio_sisembrio.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2008.

3 O DIREITO NO SÉCULO BIOTECNOLÓGICO

3.1 Linhas gerais acerca do Biodireito

Num momento em que são notórios os avanços no campo das ciências biomédicas, da engenharia genética, da embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde humana, surge uma série de questionamentos para os quais a humanidade não estava preparada, razão pela qual ainda carecem de uma resposta unânime e que seja, ao mesmo tempo, capaz de sanar as dúvidas, medos, preconceitos e incertezas, gerados pelo acelerado desenvolvimento científico.

Percebe-se, ainda, que os conceitos e dogmas relacionados à tutela da vida humana - tais como a procriação, o estado de filiação, a determinação da maternidade e paternidade e a definição jurídica do embrião - são cada vez mais fragmentados pelas novas tecnologias, fazendo surgir em diferentes setores da sociedade, diretrizes e propostas permeadas por discussões de ordem predominantemente ética. Revelam, assim, sua *absoluta relatividade*.

De tal monta, essa interdisciplinaridade envolvendo o direito, a ciência e a filosofia é o que confere toda a tônica ao estudo do século biotecnológico⁶⁹ que vivenciamos. E é em meio a esse contexto *metafísico* que se evidencia o *Biodireito*, como referencial diante de lacuna normativa do ordenamento jurídico pátrio, a nortear os juristas e legisladores nos temas em que a própria sociedade tem dificuldade de estipular o que é eticamente aceitável, sendo certo que a reprodução humana assistida é uma delas, uma vez que avulta substanciais e intermináveis discussões de cunho religioso, médico, filosófico e, sobretudo, jurídico.

É pacífico o entendimento de que a ciência do Direito, por sua função essencialmente normatizadora das relações sociais, não poderá se furtar de interferir na área da Biomedicina, com o escopo de legitimar ou proibir determinadas facetas do progresso científico⁷⁰. Nesse sentido, partindo de situações trazidas pela própria sociedade, propõe-se o Biodireito a buscar soluções para regular os avanços das pesquisas biomédicas, baseando-se em *valores éticos da sociedade contemporânea*, no sentido de garantir a eficácia de direitos e garantias

⁶⁹ RIFKIN, Jeremy. **O Século da Biotecnologia** – a Valorização dos Genes e a Reconstrução do Mundo. São Paulo: Makron Books, 1999, p. 10.

⁷⁰ CONTI, Matilde Carone Slaibe. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16.

constitucionalmente asseguradas às pessoas, e respeitando, por conseguinte, os princípios fundamentais da Lei Maior - principalmente, o princípio da dignidade humana.

3.2 O papel da Bioética na construção do Biodireito

Durante muito tempo o estudo da ética foi colocado em segundo plano no contexto da evolução científica mundial. Isso porque a realização de experimentações humanas por parte da ciência sempre foi considerada imprescindível, especialmente no campo da descoberta de novos medicamentos e de terapias experimentais, mas sempre houve controvérsia a respeito da necessidade de imposição de limites. Tanto é que, durante o século XX, em especial, diante das notícias divulgadas a respeito de fatos como as duas Grandes Guerras Mundiais, nas quais atrocidades eram realizadas nos campos de concentração nazista - inclusive os abusos genéticos retratados no programa *hitleriano* de melhoria da raça ariana⁷¹, a civilização humana começou a repensar seus conceitos acerca da vida humana

Dessa forma, em face da crise ética internacional, reiniciou-se a discussão a respeito dos avanços das pesquisas biológicas, procurando-se estabelecer determinados limites éticos, cuja efetividade se daria por meio da inserção na ordem jurídica de valores morais socialmente aceitos. A ética, como se vê, foi novamente inserida no cotidiano social, mas agora sob o ponto de vista da saúde, da vida, da *bio* - assim figurada e modificada pela *Bioética*, tendo em vista seus interesses axiológicos diferenciados. Nesse contexto, a Bioética aparece como uma necessária mediadora do intrincado relacionamento entre a ciência e a ética, na tentativa de para solucionar os conflitos éticos, oriundos da revolução Biotecnológica e Tecnologia médica, a fim de proteger e promover a dignidade da pessoa humana e sua sadia qualidade de vida. A Bioética é, pois, reconhecida como a *ética da vida*.

A denominação *Bioética*, no inglês *bioethics*, é atribuída ao médico oncologista e biólogo norte americano *Van Rensselaer Potter*, da Universidade de *Winsconsin*, Estados Unidos, em seu livro "*Bioethics: Bridge to the future*"⁷². Em sua obra, publicada em 1971, *Potter* equiparou a Ética a uma ponte para o futuro, estabelecendo um liame cooperativo entre a ciência e a humanidade, com o intuito de aprimorar a qualidade de vida humana, possuindo

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 4.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 49.

uma finalidade moral-pedagógica. Mais adiante, o conceito de Bioética evoluiu, passando a representar *a tentativa do estabelecimento de uma tecnologia ética, ou seja, a concepção de princípios práticos que evitassem a reação negativa da sociedade às pesquisas, bem como a produção de efeitos danosos inestimáveis para a sociedade em decorrência da pesquisa científica ilimitada e abusiva.*⁷³

Sem qualquer pretensão de esgotar a extensa temática bioética, no presente trabalho conveniu-se definir a Bioética como uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se também de ser

um estudo deontológico dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras⁷⁴.

Atualmente, divide-se a Bioética em *macro-Bioética* e *micro-Bioética*. De acordo com a primeira, que diz respeito à ética da vida em sentido amplo - estando diretamente ligada ao meio ambiente e ao Direito ambiental, ter-se-ia um código de condutas a ser seguido com o fim de proteger o meio ambiente, em especial no que diz respeito a experimentações científicas. Já no que tange à *micro-Bioética*, o tratamento direciona-se para a ética da vida humana, no sentido de zelar pela tutela dos seres humanos em situações que envolvam os avanços médicos, científicos e tecnológicos. É a partir dessa última que o *Biodireito* começa a se desenvolver, juntamente com a Bioética, com o único intento de proteger a vida frente aos novos avanços médico-científicos que surgem com a modernização das sociedades.

Assim, não há que se falar em uma oposição, nem tampouco em identidade, entre a Bioética e o Biodireito. O que existe entre eles é uma *relação de coordenação*, havendo a juridicização de determinados aspectos de temas bioéticos, em virtude dos eventuais conflitos intersubjetivos de interesses que um vazio normativo poderia causar⁷⁵. Determinadas questões deixam de ser objeto de preocupação apenas da Bioética, para serem *também* tratadas pelo Biodireito que, sendo o caso, poderá se valer de muitos dos princípios e valores éticos para adaptar e adequá-los à realidade jurídico-normativa. A Bioética seria, portanto, um estágio inicial, anterior ao Biodireito, mas, ao mesmo tempo, está ao lado deste, na busca pela adequação da legislação relacionada à matéria às realidades e necessidades práticas.

⁷³ RIOS, André Rangel. Filosofia e biotecnologia. In: RIOS, André Rangel *et al.* **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 36.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 13.

⁷⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Op. cit. pp. 48-49.

Nesse sentido, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997, representa a positivação do Biodireito no plano internacional, cuidando-se da busca pela criação de uma ordem ético-jurídica intermediária entre a Bioética e o Biodireito, trazendo deveres aos países signatários, de incorporar aos seus sistemas jurídicos nacionais as disposições do texto internacional. Logo, no âmbito interno de cada país signatário, as regras jurídicas a serem elaboradas deverão necessariamente estar em conformidade com os princípios e regras estabelecidos no referido documento internacional.⁷⁶

Assim, foram construídos princípios bioéticos básicos e, posteriormente, normas de Biodireito em prol da pesquisa e da tecnologia biológica, precipuamente sob o enfoque do Direito Médico - atualmente estudado em seus diversos desdobramentos, a saber: a Ética Médica, Deontologia Médica, Responsabilidade Civil Médica, entre outros.⁷⁷

Ressalte-se, por oportuno, que o Direito passou a sentir a repercussão da Bioética tão somente quando a ciência introduziu modificações sociais de tal monta, que aquele não conseguia mais adaptar suas normas, *engessadas* na legislação, à conjuntura desta nova realidade social. A Bioética trouxe, pois, a necessidade de que o Direito revisse parâmetros anacrônicos, atentando para os fatos sociais - sobretudo no âmbito do direito de família, de modo a possibilitar que o operador do Direito traduzisse, em dispositivos legais, aquelas respostas aos questionamentos éticos encontradas por meio dos métodos bioéticos.

Entretanto, repise-se que o Biodireito jamais poderá representar o acolhimento de convicções políticas, econômicas ou religiosas de determinada moralidade particular de um grupo social, entre os vários existentes, sendo que em pontos onde não há consenso, a normatização jurídica deverá buscar atender todos os valores morais e anseios das diversas comunidades⁷⁸. Daí o comentário segundo o qual é preferível que, em alguns assuntos de interesse bioético em que se demande regulamentação jurídica, mas não exista consenso, *se afirme uma legislação mais leve, ou seja, menos rígida*⁷⁹. Contudo, em relação a outros temas, que envolvam direitos fundamentais das pessoas ou de toda a civilização, o Biodireito deve agir de maneira mais rigorosa, reformulando a noção de responsabilidade jurídica, e cominando sanções rigorosas para eventual descumprimento do preceito jurídico.⁸⁰

⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 982.

⁷⁷ LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antônio Macena de (Coord.). **Temas de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

⁷⁸ GAMA, Guilherme de Oliveira da. Op. cit. p. 57.

⁷⁹ BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Brasília: Editora UnB, 1996. p. 196.

⁸⁰ Idem. p. 197.

Nesta esteira, a *Bioética* se responsabilizaria pela reflexão ética destes avanços, enquanto que o *Biodireito*, integrador e interdisciplinar, regularia juridicamente os desafios apresentados pelos avanços científicos por meio de princípios e normas – ora descritivas, ora limitadoras, tendo, dessa forma, o grande desafio de equilibrar os *valores éticos* e a *necessidade do progresso científico*, não cerceando seus avanços, mas sim, fazendo com que os mesmos não atinjam ou destruam valores fundamentais.

Seguindo essa mesma linha, Maria Helena Diniz sintetiza que

a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana.⁸¹

3.3 O Princípio da Bioética moderna

Diante da crise do positivismo e dos avanços crescentes e rápidos da biotecnologia, com o surgimento da Bioética, tentou-se restaurar parâmetros éticos que não se confundissem com os anteriores. Daí decorreu o surgimento dos princípios bioéticos como expressão de um importante consenso, constituindo, portanto, *o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão* em matéria Bioética⁸², abrangendo inclusive as TRHA, sendo certo que sua *sistematização* constituiu a primeira tentativa de regulamentação ética da pesquisa e aplicação científica das novas descobertas aos seres humanos. Ressalte-se que, em seu primeiro momento, a problematização ética surgiu da própria comunidade de cientistas que trabalhavam com as investigações biomédicas.

Esses princípios, formulados para iluminar a caminhada da humanidade, estão consignados no *Belmont Report*, publicado em 1978, pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*⁸³, constituída pelo governo norte-americano com o objetivo de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a resolução dos casos de natureza biomédica submetidos àquela comissão.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 9.

⁸² BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H.H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54.

⁸³ Comissão Nacional Para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental.

Fazem parte do chamado *princípioalismo* bioético os princípios da *autonomia*, da *beneficência* e da *justiça*, que nada mais são do que racionalizações abstratas de valores decorrentes da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais⁸⁴ na vida em sociedade.

Segundo o *princípio da autonomia*, deve-se reconhecer o direito das pessoas a ter seu próprio ponto de vista, a eleger e a realizar ações baseadas em valores e crenças pessoais⁸⁵. Diniz reconhece, ainda, que desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição nos casos em que uma pessoa não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate (por estar preso ou ter alguma deficiência mental).

O *princípio da beneficência*, em linhas gerais, se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos. Baseado na confiabilidade⁸⁶, esse princípio se resume à relação médico-paciente - que requer sempre, por parte dos profissionais da saúde, o atendimento aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Logo, verifica-se que duas são as regras desse princípio: não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.

O *princípio da não-maleficência* seria um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima hipocrática da ética médica: *primum nun nocere* – primeiro não prejudicar. Também nesse sentido, Barboza sustenta que esse quarto princípio fora acrescentado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em obra publicada em 1979⁸⁷, dizendo que, para eles, o princípio da não-maleficência se diferenciaria do princípio da beneficência, uma vez que este exige basicamente a atitude omissiva, enquanto o outro envolve ações de tipo positivo, como prevenir ou eliminar o dano e promover o bem.

Por fim, o *princípio da justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante. Pode ser postulado também, através dos meios de comunicação, por terceiros ou instituições que defendem a vida ou por grupos de apoio à prevenção de doenças como a AIDS e o Câncer, cujas atividades exercem influência na

⁸⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit. p. 14.

⁸⁵ Idem. p. 14.

⁸⁶ BARRETO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de P. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 42.

⁸⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit. p. 65.

opinião pública, para que não ocorram discriminações.⁸⁸Já visando responder questões acerca de quem seriam os iguais e os desiguais, o próprio *Belmont Report* apresentou propostas de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos, tais como: a cada pessoa uma parte igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito⁸⁹.

Surgiu, dessa forma, uma *dogmática paralegal*⁹⁰ para responder às dúvidas não resolvidas pelo sistema jurídico, a qual se materializou através da aplicação desse arcabouço principiológico aos casos concretos não previstos em lei, por organismos não-judiciais, como os Conselhos de Medicina e os Comitês de Ética dos hospitais e institutos de pesquisa. Como resultado dessa linha, a Resolução 196/96, do Conselho nacional de Saúde, que estipula normas éticas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, veio consagrar aqueles três princípios bioéticos⁹¹.

De tal sorte, a própria Resolução 1.385/92, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina a reprodução humana assistida, consagrou em especial o *princípio da beneficência*, porquanto vincula o uso das referidas técnicas ao problema da infertilidade, que constitui *lato sensu* um problema de saúde, representando, assim, formas de combate à esterilidade e às doenças geneticamente transmissíveis. Representam, ainda, do ponto de vista ético, um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana, realizando o postulado de se fazer o bem aos seres humanos. Além disso, ao impor determinados requisitos para sua utilização, como permitir sua utilização desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o paciente ou o possível descendente, resta consagrado o *princípio da não-maleficência*.

Segundo Beauchamp e Childress⁹², os princípios, em caso de conflito entre si, *se hierarquizam face à situação de cada caso concreto, não havendo regras prévias que dão prioridade de um princípio sobre o outro*, o que leva à necessidade de se chegar a um consenso em cada caso, objetivo fundamental dos Comitês de Ética institucionalizados. Destarte, ainda que não haja uma hierarquia preestabelecida, afirma-se que o *princípio da*

⁸⁸ CLOTET Joaquim. *Ciência e Ética: onde estão os Limites?* n. 10. Porto Alegre: Episteme, 2000. p. 23-29.

⁸⁹ *Ethical guidelines for the protection of human subjects, Belmont Report, Washington, 1978.*

⁹⁰ BARRETO, Vicente de P. Op. cit. p. 49.

⁹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit., p. 43.

⁹² Membros da Comissão que criou o *Belmont Report*. Em seu famoso livro, *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford University Press, 1979), eles popularizaram o sistema “principiológico” da Bioética.

beneficência merece especial atenção, tendo em vista que corresponde ao fim primário da Medicina⁹³.

Em contrapartida, vale notar a crítica de Vicente Barreto no sentido de que a verificação de tais princípios propicia a constatação de suas limitações e insuficiências como princípios fundadores de uma ética e de um Biodireito em ambiente pluralista e democrático⁹⁴. Isso porque, na formulação dos três princípios, há o problema no que tange à significação de cada princípio, uma vez que inexistente uma moralidade universal. Da mesma forma, a efetivação dos princípios pode conduzir a situações de impasse entre eles, considerando a verificação de que, encarados de maneira separada, cada um pode ser tido como hierarquicamente superior ao outro.

Tendo isso em mente, torna-se mister encontrar um modelo que garanta a justificação, a interpretação e a harmonização dos três princípios, de forma que *a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida*.⁹⁵Cuida-se, portanto, de considerar os três princípios sem que haja prevalência de um sobre os outros, permitindo o resguardo dos interesses de todos os envolvidos, com base na moralidade existente, sendo que *suas formulações devem também atender às exigências da civilização, como o consenso de suas significações a partir do debate amplo, interdisciplinar, democrático e transparente*.⁹⁶

Como bem salienta Barboza⁹⁷,

a formulação de tais princípios se dá de modo amplo, para que possam reger desde a experimentação com seres humanos até a prática clínica e assistencial. Sua observância deve ser obrigatória, sempre e quando não entrem em conflito entre si, caso em que se hierarquizam conforme a situação concreta, o que significa dizer que não há regras prévias que dêem prioridade a um princípio sobre outro, havendo a necessidade de se chegar a um consenso entre todos os envolvidos, o que constitui o objetivo fundamental dos comitês institucionais de ética.

3.4 Principiologia do Biodireito

⁹³ ATIENZA, Manuel. *Juridificar La Bioética*. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). *Bioética y derecho: fundamentos y problema actuales*. México: ITAM 1999. p. 65.

⁹⁴ BARRETO, Vicente de P. Op. cit. p. 14.

⁹⁵ Idem. p. 34.

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 61.

⁹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena, cit. Op. cit. p. 30.

Estruturar o Biodireito requer, antes de tudo, ter em mente que não se pode reduzir o Direito a um papel meramente instrumental, substituindo, como já se afirmou, *os direitos do homem pelos direitos de um homem em função de suas predisposições genéticas*. O objeto do Biodireito é matéria complexa, heterogênea e que confronta normas existentes que, na maioria das vezes, lhe são estranhas. Contudo, como integrante do nosso sistema jurídico deve, necessariamente, submeter-se aos princípios que o regem.

Conforme é cediço, a partir de 1988, instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais princípios compreendem, em sua maioria, direitos fundamentais do homem, traduzindo os valores primordiais de nossa sociedade. Ora, se é certo que a recepção nos textos constitucionais de uma série de valores fundamentais, como a *vida*, a *dignidade humana*, a *liberdade* e a *solidariedade* e sua *proteção* enquanto direitos, tornou-os pedras angulares da Bioética moderna, não menos certo é dizer-se que esses direitos devem constituir, por tal razão e, principalmente, por terem natureza jurídica, a *rede estrutural* do Biodireito⁹⁸.

Em conseqüência, não poderão as normas do Biodireito, a qualquer título, preterir esses princípios, verdadeiros balizadores da atuação do legislador. Como indicado, tem a Bioética princípios que lhe são próprios, mas a análise e regulamentação jurídicas dos problemas bioéticos deverão observar outra ordem de valores, outro método e diversa formulação, pertinentes ao Direito.

Impõe-se observar que não há, em nossa Constituição, um capítulo *dedicado* à Bioética e nem se deve restringir os princípios do Biodireito àqueles atinentes à área da saúde, do meio ambiente ou da tecnologia. Como qualquer norma jurídica, a disciplina das matérias que se possa classificar como integrantes do Biodireito deve ser harmônica com o ordenamento. Nesse sentido, o princípio do *respeito à dignidade humana*, fundamento da República, é basilar para toda e qualquer norma jurídica, entretanto, não só esse deve ser observado, já que, concomitantemente, outros se impõem.⁹⁹ Esses princípios fundamentais amparados pela Carta de 1988, têm sido utilizados na esfera jurisdicional, como método mais específico de decidir as lides originadas pela evolução biomédica, através da interpretação legal do juiz, nos casos concretos¹⁰⁰.

⁹⁸ Idem. p. 65

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 70.

¹⁰⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia, p. 96.

3.4.1 Princípios gerais

3.4.1.1 *Dignidade da Pessoa Humana*

O princípio – e ao mesmo tempo, valor fundamental - da dignidade da pessoa humana, construído historicamente no direito, é um dos mais importantes para a evolução do Biodireito, tanto no plano internacional¹⁰¹ quanto no caso brasileiro, porquanto expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (CF). Acerca da dignidade da pessoa humana, convém trazer à baila as palavras de José Afonso da Silva¹⁰²:

(...) a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado em todos os seus aspectos, sendo, também, de suma importância analisar que o avanço das pesquisas biomédicas e da medicina tem sido realmente benéfico à humanidade¹⁰³. Todavia deve-se verificar que o uso ilimitado, desmedido, sem controle e parâmetros legais de tais estudos científicos poderá acarretar, num futuro próximo, conflitos jurídico-sociais de proporções gigantescas, levando a situações que, por não terem sido legalmente previstas, gerem na sociedade uma agressão aos seus direitos, bem como, firam o próprio princípio fundamental em comento.

Heloisa Helena Barboza salienta que, no campo da disposição de gametas humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana se reflete diretamente na gratuidade, ao observar

¹⁰¹ *Idem*, p. 99.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol.212, 1998.

¹⁰³ GAMA, Guilherme Calmon da, cit. Op. cit. p. 105.

que, se é admissível a disposição de gametas, tal conduta sempre deverá se dar a título gratuito e dirigida a atender interesses humanísticos, no contexto de rigorosa regulamentação jurídica que vise preservar os direitos das pessoas envolvidas, em especial do ser gerado a partir da disposição de gametas.¹⁰⁴

3.4.1.2 *Igualdade material*

Outro princípio geral do Biodireito é o princípio da igualdade em sentido material das pessoas humanas, expresso constitucionalmente nos seus artigos 3º, inciso III, e 5º, inciso I, e representa a segurança e garantia de um dos mais importantes direitos fundamentais. Deflui, ainda, do princípio que impede a redução do ser humano ao mero determinismo genético, desmentindo e destruindo os diferentes argumentos e fundamentos racistas.¹⁰⁵

Cabe mencionar que a igualdade material tem seu correspondente no campo da Bioética, a saber, o *princípio da justiça* encarado sob o prisma da pessoa humana isoladamente considerada em sua singularidade.¹⁰⁶

3.4.1.3 *Justiça Social e Solidarismo*

Previstos no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que prevê a construção de uma sociedade justa e solidária, sendo que tais princípios são confirmados no mesmo artigo 3º, inciso IV, que se refere ao objetivo da República Federativa do Brasil, qual seja a moção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, representando a juridicização do princípio da beneficência, reconhecido no principialismo bioético.

¹⁰⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito ao corpo e doação de gametas**. In: RIOS, André Rangel *et al*, Bioética no Brasil. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 52.

¹⁰⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46

¹⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon da. Op. cit. p. 121.

3.4.1.4 *Pluralismo*

Expresso no artigo 1º, inciso V, da carta Magna, que, ao reconhecer o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, implicitamente admite a diversidade de convicções e valores morais e culturais e, conseqüentemente, de comunidades de valores morais especiais. Neste contexto, poderia ser incluído ainda o *princípio da democracia*,¹⁰⁷ expresso no artigo 1º, inciso II, do texto constitucional, uma vez que assegura a cidadania como um conjunto de direitos políticos e públicos nas escolhas necessárias, inclusive quanto aos valores éticos e culturais.

3.4.1.5 *Liberdade*

Este, expresso no inciso I, do artigo 3º, Constituição de 1988, também deve ser destacado, mas sempre de maneira conjugada com os demais princípios do Biodireito, porquanto abarca uma série de garantias essenciais e específicas, que variam caso a caso.

Nota-se, desse modo, que a construção do Biodireito no âmbito interno de cada país deve obrigatoriamente levar em consideração os princípios acima destacados, em atendimento á exigências morais, e em consonância com os valores culturais que se reconhecem em determinada comunidade territorial.¹⁰⁸

3.4.2 Princípios especiais

¹⁰⁷ Ibid. p. 122.

¹⁰⁸ Ibid. p. 123.

Nos temas de Bioética que exigem uma normatização jurídica, ao lado dos princípios gerais enunciados, faz-se indispensável encontrar os princípios especiais em alguns setores que devem ser considerados. Dessa forma, dependendo do tema relacionado aos avanços científicos na biologia e na medicina, associando-os aos valores morais e culturais de determinada comunidade, *os princípios especiais do Biodireito se apresentam como de relevo fundamental, sendo mister buscar fundamentos racionais e, se for o caso, as opções feitas no diálogo da Bioética.*¹⁰⁹

3.4.2.1 Paternidade responsável e melhor interesse da criança

No ordenamento pátrio, pode-se afirmar que os direitos da criança e do adolescente são *duplamente garantidos*, de um lado pela própria Constituição¹¹⁰ e, por outro, por Tratados Internacionais, transformando-os em verdadeiros direitos fundamentais¹¹¹. Nada obstante, ainda em nível infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90) também menciona como direitos fundamentais da criança e do adolescente os direitos à vida e à saúde¹¹², à liberdade e à dignidade¹¹³ e à convivência comunitária¹¹⁴. Com efeito, a proteção integral da criança não é apenas uma obrigação familiar ou estatal, é, antes de tudo, um dever social.¹¹⁵

Portanto, no âmbito da reprodução humana assistida, não há dúvidas quanto à vigência do princípio especial da *paternidade responsável* aliado ao *melhor interesse da criança*, para solucionar questões relativas à filiação e todas as suas conseqüências jurídicas. Por conseguinte, tem-se que aplicar o princípio do melhor interesse da criança implica considerar o fim a que essa norma se destina, qual seja, a *proteção integral* aos direitos da criança e do

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 25.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Artigo 226, §7º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 137.

¹¹² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigos 7-14. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹¹³ Ibid. artigos 15-18.

¹¹⁴ Ibid. artigos 19-24.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (org). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 252.

adolescente, constituindo, assim, um importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida¹¹⁶ (item 3.1).

Por oportuno, cabe mencionar o alerta feito por Pereira, no sentido de que a tradução oficial portuguesa da Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹¹⁷ não teria captado adequadamente a expressão *the best interests of child*, uma vez que ressaltou o aspecto quantitativo da idéia com a expressão “interesse maior da criança”, quando na verdade deveria imperar seu caráter qualitativo, ou seja, “o melhor interesse da criança”. Essa orientação se mostra evidente, especialmente, diante da redação constitucional auto-explicativa conferida ao princípio: em primeiro plano, sempre estará o interesse do menor envolvido, direta ou indiretamente na questão de fundo.

3.4.2.2 *Identidade biológica pessoal e sua intangibilidade*

Como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, tal princípio poderá assumir dimensões anteriormente ignoradas: ele compreende o direito de conhecer toda informação sobre si mesmo, na saúde ou na doença, o direito de controlar os fatores que podem influir na própria integridade.¹¹⁸

3.4.2.3 *Consentimento livre e informado*

Para fins de adoção dos procedimentos concernentes ao Biodireito, é essencial que as partes envolvidas tenham conferido seu prévio consentimento. Todavia, o consentimento livre, expresso pela concordância documental, apresentando testemunhas sempre que possível, deverá ser o resultado da informação.

¹¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 460.

¹¹⁷ Ratificada pelo Brasil por intermédio do **Decreto nº. 99.710 de 90**. Art. 1º: *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 14 de outubro de 2008.

¹¹⁸ GARRAFA, Volnei. Op. cit. p. 209.

Isso porque o consentimento informado é resultante de um processo de esclarecimento às pessoas envolvidas. Logo, a manifestação de vontade, verbal ou escrita, como nos Termos de Consentimento Esclarecido, Consentimento Pós-Informação, no Termo de Responsabilidade, entre outros, será posterior ao princípio de informação, em que já terá sido esclarecido ao paciente o diagnóstico, as opções de tratamento, os prognósticos, os riscos, as possíveis conseqüências, e o que mais se ofereça.

3.4.2.4 *Direito ao sigilo e à privacidade*

Questão inerente ao estudo da RHA e seus impactos no meio jurídico e social é o sigilo das informações, uma vez que se apresentam indagações como a de até que ponto a criança, fruto desta técnica reprodutiva, poderia reivindicar o conhecimento de sua origem biológica e, a partir daí, quais impactos e vínculos familiares ou sucessórios viriam a se formar.

Em uma primeira visão acerca da possibilidade de se conhecer o vínculo biológico, se pronuncia o Conselho Federal de Medicina no sentido de vedar tal comunicabilidade entre o doador e filho proveniente desta doação. Assim, não seria cabível para esta entidade a existência de uma ação investigatória de paternidade. A regra então seria principalmente destinada aos manipuladores do material genético, que deveriam manter absoluto sigilo daquilo que é manipulado em fertilizações, bem como de sua proveniência.¹¹⁹

Entretanto, porquanto ensejam longo debate argumentativo, optou-se por tratar as temáticas em comento em tópicos específicos no capítulo seguinte, no qual serão abordadas questões derivadas da utilização das TRHA e que, por conseguinte, chamam para si a tutela do Biodireito.

¹¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 124.

4 QUESTÕES JURÍDICAS LIGADAS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA)

4.1 Direito ao uso das TRHA: bases e limites constitucionais

A primeira vez que se formulou claramente a idéia de *direitos reprodutivos e sexuais* foi na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU, em 1994, e confirmada em 1995, na Conferência Internacional de Pequim, com o seguinte teor:

Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, e a dispor da informação e dos meios para tanto e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva (...).¹²⁰

Percebe-se, ainda, que embora não possuindo normas específicas acerca do Biodireito, a Carta de 1988 oferece algumas disposições que abraçam a matéria em diferentes aspectos, sendo aptos a, inclusive, fundamentar a tese do direito à utilização das TRHA como um direito fundamental - conforme sustenta boa parte da doutrina brasileira e espanhola¹²¹. Tais autores afirmam que esse direito deve ser construído por meio da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida¹²², à liberdade¹²³, à saúde¹²⁴, à intimidade¹²⁵ e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar¹²⁶, sempre balizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁷- fundamento último da República.¹²⁸ Dessa forma, estaria o próprio sistema constitucional pátrio oferecendo respaldo legal para a defesa de um possível *direito à reprodução humana assistida*, emprestando-lhe

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 135.

¹²¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 103.

¹²² Constituição Federal. Artigo 5º, *caput*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Constituição Federal. Artigos 6º e 196.

¹²⁵ Constituição Federal. Artigo 5º, inciso X.

¹²⁶ Constituição Federal. Artigo 226, § 7º.

¹²⁷ Constituição Federal. Artigo 1º, inciso III

¹²⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 237.

caráter de *direito fundamental implícito* através da cláusula de abertura contida no artigo 5º, §2, CF, que permite o reconhecimento de direitos implícitos.¹²⁹

De acordo com esse entendimento, em obra sobre o tema, Yolanda Gómez Sánchez defende a existência de um direito de procriar decorrente do próprio sistema constitucional espanhol, lembrando que esse direito não é absoluto, como também não o são os direitos dos quais ele decorre, quais sejam o direito à intimidade privada aliado ao direito à liberdade pessoal.¹³⁰

Nesse contexto, Olga Jubert Gouveia sustenta ainda que os direitos à *proteção da família* e ao *planejamento familiar*, previstos no artigo 226, *caput* e §7º da CF de 1988, respectivamente, também contemplariam o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida - desde que seu exercício seja pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.¹³¹ Sua tese é alimentada quando da análise da Lei 9.763/96, que regulamenta o dispositivo constitucional correspondente ao planejamento familiar, declarando-o como o direito de qualquer cidadão à utilização de *todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas*.¹³² Defende-se, portanto, que apesar dessa lei não haver previsto de forma expressa o direito às técnicas de reprodução humana assistida, este se encontraria implicitamente naquele diploma legal.

Nessa linha de entendimento, cabe trazer a comento a existência de um Projeto de Lei do Estado do Rio de Janeiro que, com base nesses mesmos argumentos do planejamento familiar, visa *melhorar o acesso a esse atendimento especializado*, dispondo acerca de uma *Política Estadual de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida*. Em suas justificativas, o autor do PL, Deputado Wilson Cabral, ressalta também o caráter salutar das TRHA, considerando que, além de auxiliarem na concretização do projeto parental,

¹²⁹ Com esse entendimento, Olga Jubert afirma que a identificação de um novo direito fundamental no sentido do artigo 5º, §2º, da CF - isto é, decorrente do regime e dos princípios constitucionais -, *consiste menos numa descoberta, e mais numa construção hermenêutica, por meio da qual o intérprete define (ou redefine) o campo de incidência de determinado direito fundamental, de modo a ampliar o seu âmbito de proteção*. KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 238.

¹³⁰ Nas palavras de Yolanda Gómez Sánchez: “*En el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a La reproducción, integrado por una parte en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución) y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal e familiar (art. 18.1. de la Constitución), que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente.*” **El derecho a la reproducción human.**, Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994. p. 58.

¹³¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 238.

¹³² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 9.263 de 12 de janeiro 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Artigo 9º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

*contribuem para a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infecto-contagiosas, genéticas, entre outras. Reconhece, ainda, que há necessidade de estabelecer mecanismos de regulação, fiscalização, controle e avaliação da assistência prestada aos usuários.*¹³³

Seria possível afirmar, portanto, que o direito ao planejamento familiar possui duas faces: ora é fundamento constitucional à contracepção e à esterilização, ora é fundamento constitucional ao direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos. Assim, com a consagração desse direito pela Constituição Federal, e sua regulamentação infraconstitucional, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio deu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos reprodutivos que, por sua vez, englobariam o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.¹³⁴ Por conseguinte, fica a cargo de cada casal planejar sua família, decidindo se terão ou não filhos, em que número, e qual a diferença de idade entre eles.

Por oportuno, deve-se destacar que o texto constitucional exige expressamente a observância do princípio da dignidade da pessoa humana para a concretização do planejamento familiar, ou seja, impõe-se uma conjugação com a paternidade responsável e o melhor interesse da criança.¹³⁵ Nesses termos, correto seria afirmar que o *desejo compreensível de gerar seus próprios filhos* com o fito de constituir uma família com prole, *aliado ao planejamento familiar adequado* às necessidades do casal e *obediente* às garantias fundamentais de todos envolvidos, constitui fator elementar apto a justificar a existência de um pretensão direito fundamental à reprodução assistida¹³⁶.

Entretanto, em que pese a substancialidade dos argumentos despendidos em favor do direito à procriação assistida, Eduardo Leite ressalta que sua aceitação não se dá de forma pacífica na doutrina, principalmente por aqueles que defendem ser inadmissível a procriação artificial enquanto existirem crianças abandonadas aptas à adoção¹³⁷. Tal ponto de vista, segundo o mesmo autor, revelaria uma verdadeira confusão de conceitos, uma vez que

¹³³ O Projeto de Lei nº 731/2007 tramita na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) e, após ter sido aprovado pelas Comissões Permanentes - exceto da Comissão de Constitucionalidade e Justiça, que apresentou *emenda supressiva* ao artigo 9º da proposição (previa o remanejamento, por parte do Poder Executivo, de recursos próprios do orçamento da seguridade social para atender as despesas necessárias a aplicação da Lei) -, o texto emendado foi aprovado na 1ª Sessão legislativa, ocorrida em 28/10/2008. Aguarda-se agora a realização da 2ª Sessão Legislativa. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0711.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/6535f3aab22d433c832572ff00782e74?OpenDocument&Highlight=0,731>. Acesso em 03 de novembro de 2008.

¹³⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 102

¹³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 457.

¹³⁶ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 109.

¹³⁷ Nesse sentido, KRELL, Olga Jubert Gouveia; DINIZ, Maria Helena.

o direito de procriar é um direito de foro íntimo e nada tem a ver com a questão social da adoção. (...) Não é possível dizer que a procriação artificial é fruto de um desejo egoísta, e fazer afirmação desse tipo é tentar justificar a omissão do Estado na solução de problemas do abandono do menor, jogando a responsabilidade sobre os ombros do particular.¹³⁸

Colocando uma pá de cal na discussão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, instado a se manifestar sobre o tema, afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer às técnicas de reprodução assistida que incluíssem a fertilização *in vitro*, e que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal, ao estabelecerem a figura do planejamento familiar, o fazem como fruto da livre decisão do casal (células formadoras da família) e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). Ressaltou, entretanto, que inexistia para esse casal o *dever jurídico de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.*¹³⁹

Assim, em apertada síntese, tem-se que o direito fundamental à reprodução medicamente assistida deve ser tomado como uma posição jurídica *prima facie* que sempre estará sujeita a restrições e limitações justificadas, na medida em que serão afetados interesses públicos e violados direitos de outros seres humanos, especialmente dos próprios embriões e da futura criança¹⁴⁰. E o destino a ser dado a esses embriões não aproveitados na fertilização *in vitro* é justamente o que dá a tônica da discussão apresentada no tópico seguinte, porquanto envolve a jurisprudência atual da Corte Suprema, bem como boa parte da doutrina nacional e internacional.

4.2 O status jurídico do embrião e a problemática dos embriões excedentários

¹³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, cit., p. 138; CAMARGO, Juliana Frozel de, **Reprodução humana: ética e direito**, cit., p. 144.

¹³⁹ STF. Informativo de Jurisprudência. Brasília, 3 a 7 de março de 2008. nº. 497. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 121.

No âmbito da análise da abrangência do direito à procriação assistida, ponto crucial é determinar quando a vida humana começa a existir em termos biológicos, para que se possa, em seguida, determinar a abrangência da sua proteção legal. Surge a pergunta se a Constituição protege a vida desde a concepção (fecundação do óvulo) ou somente a partir o nascimento.

Sabe-se que, na prática das clínicas de reprodução assistida são fertilizados óvulos em número superior aos pré-embriões efetivamente transferidos para o útero da beneficiária, principalmente com fins de obter um máximo aproveitamento da *hiperindução* de ovulação a que a mulher é submetida.¹⁴¹ De tal sorte, freqüentemente, embriões viáveis e sadios não são implantados no útero da mulher que os solicitou, caso em que deverão, em regra, ser congelados para futuras utilizações pelo casal originário, para ‘doação’ a outro casal infértil ou para o seu uso em pesquisa.

O excedente embrionário pode decorrer também de outras situações, tais como a morte de um ou de ambos os progenitores; do divórcio ou separação dos pais potenciais, que acabam por gerar o desinteresse pelos embriões fertilizados, e o interesse de um ou ambos os progenitores em se submeterem ao tratamento em clínica de reprodução humana diversa da inicialmente escolhida.¹⁴² Fato é que, a soma desses fatores levou à existência de um elevado número de cerca de vinte e seis mil pré-embriões congelados no Brasil atualmente, conforme expõe o Relatório SisEmbrio.¹⁴³ Dentre esses, centenas, talvez milhares, encontram-se abandonados em clínicas de fertilização *in vitro*, sem destino definido.¹⁴⁴

Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade tanto no Brasil, quanto no exterior, sendo que o principal problema daí decorrente diz respeito ao destino dos mesmos após determinado período de congelamento, uma vez que *a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes*

¹⁴¹ Tal técnica causa enorme sofrimento físico, além de estresse psíquico à mulher. A produção de um número maior de pré-embriões, pois, é aceita e realizada com o objetivo de poupar a mulher, para que ela não precise se submeter de novo a este processo doloroso, caso a fecundação não logre êxito naquele ciclo. KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 120.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 137.

¹⁴³ O SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões foi criado pela RDC n.º 29, de 12 de maio de 2008, e permite conhecer quantos embriões humanos foram produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Criado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), esse banco de dados propicia saber quantos embriões poderão ser usados para fins de pesquisa e terapia, além de aprimorar o controle sobre as atividades das clínicas de reprodução humana assistida existentes no Brasil. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/sangue/sisembrio.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁴⁴ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. **Consideração sobre o congelamento de embriões**. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 243

*gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes com as taxas de manutenção da criopreservação.*¹⁴⁵

Conforme já concluído em tópico anterior, a *crioconservação* (congelamento de embriões), hoje em dia, é uma prática lícita no Brasil, e tampouco desafia as normas éticas do CFM, uma vez que a Resolução nº. 1.358/92 não fixou um determinado número de pré-embriões a serem *criados* para cada tentativa de reprodução, estabelecendo tão somente que o número ideal de ovócitos e pré-embriões a serem *transferidos* para a receptora não deve ser superior a quatro.¹⁴⁶

No que concerne à legitimidade para decidir sobre o destino dos embriões excedentes, outro não poderia ser o entendimento, de que cabe aos *pais* – no sentido daqueles responsáveis pelo projeto parental, e não os doadores do material genético – a decisão. Todavia, havendo conflito de interesses entre a decisão dos *pais* e a proteção jurídica dos embriões, deve o juiz decidir fundado na dignidade da pessoa humana, na proporcionalidade e na razoabilidade.¹⁴⁷

Já em relação ao destino que deva ser dado aos embriões excedentários, configuram-se algumas hipóteses: comércio, doação, descarte e, finalmente, seu uso em pesquisas científicas.

No Brasil, uma eventual *comercialização* desse excedente é totalmente vedada, por força do artigo 199, § 4º da Constituição Federal, estando a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na Seção IV (Doação de gametas ou pré-embriões) em consonância com esse entendimento. Outro não poderia ser o entendimento, sob pena de se permitir a mercantilização de um ser humano em potencial, o que seria totalmente incompatível com um sistema constitucional que tem como mandamento central a dignidade da pessoa humana¹⁴⁸.

Outra solução apresentada para os embriões excedentários é a *doação*, prevista, de acordo com a principiologia apontada, naquela mesma Resolução. Esta parece ser uma das melhores opções possíveis, uma vez que assegura o destino natural dos embriões, qual seja sua implantação no útero de uma mulher para se desenvolver. Não se deve olvidar que, nesse

¹⁴⁵ Ibid. p. 243.

¹⁴⁶ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92. Seção I, 6.

¹⁴⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 129.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 136.

caso, devem ser observados os princípios do anonimato, da gratuidade e do sentimento altruístico¹⁴⁹.

Também são apontadas na doutrina como possíveis soluções para a existência de embriões supranumerários a *destruição* ou o *descarte* – hipótese na qual residem inúmeras controvérsias, em especial aquelas ligadas à amplitude e abrangência da proteção à vida humana garantida pela Carta de 1988. Questiona-se, inclusive, se seria possível falar em homicídio nesses casos, ou ainda, mais especificamente, em um novo tipo penal: o *embrionicídio*.¹⁵⁰ Certo é que, a despeito de não haver uma previsão legal que caracterize a destruição e o descarte de embriões crioconservados como crime, aceitar que tais condutas sejam levadas a efeito sem a imposição de qualquer restrição parece, no mínimo, irrazoável. A princípio, para que esta seja uma alternativa possível, é preciso que os embriões sejam inviáveis.¹⁵¹ Ressalte-se que a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina adota uma linha protetiva ao embrião, ao proibir sua destruição (Seção V, item 2).

Finalmente, cogita-se a sua destinação para fins de *pesquisa científica e terapia genética*, hipótese que desperta polêmicas discussões envolvendo a existência (ou não) de um marco temporal capaz de estabelecer o momento a partir do qual se dá o início da vida humana *merecedora* de tutela constitucional.

4.3 A admissibilidade de pesquisas com células embrionárias: retratos do direito comparado

Em nível internacional, pode-se observar que a atividade legislativa de países como, por exemplo, Alemanha, Espanha, França, Portugal, Estados Unidos e Canadá, encontra-se em estágio bem mais avançado quando comparado ao Brasil, em relação às questões levantadas pelo Biodireito. Nesse contexto, percebe-se que desde muito tempo, existe uma grande preocupação em relação aos embriões excedentários e sua destinação para fins

¹⁴⁹ Na doutrina, também se fala em adoção pré-natal de embriões *in vitro*, afirmando-se que deve ser aplicada a ela, analogicamente, as disposições do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente que tratam da adoção. FERNANDES, Silvia da Cunha. Op. cit. p. 117 e ss.; MACHADO, Maria Helena. Op. cit. p. 126 e ss.

¹⁵⁰ Nesse sentido: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Op. cit. p. 88; WILDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 108 e ss.

¹⁵¹ É o que se pode extrair da análise do sistema jurídico que protege o patrimônio genético do país, impondo ao Poder Público o dever de preservar-lhe a integridade (art. 225, § 1º, II da CF/88).

científicos,¹⁵² sendo possível observar que as diferentes legislações dão respostas que acabam por convergir no essencial.

Nos Estados Unidos, desde agosto de 2001, a legislação federal proíbe que recursos da União sejam aplicados em pesquisas que envolvam qualquer célula humana embrionária, uma vez que isso acarretaria a destruição daquele embrião. Esse entendimento é adotado pela maioria dos estados da Federação, entretanto, cabe salientar que o estado da Califórnia conseguiu recentemente burlar o veto do governo federal, através de um sistema de arrecadação de tributos especialmente voltados para o fomento à pesquisa em células-tronco.¹⁵³

Em Portugal, é ilegal a utilização de embriões humanos na investigação médica. O Decreto 135/VII (1997), publicado pelo Conselho de Ministros proíbe a criação ou utilização de embriões para fins de investigação. Na França, a lei bioética foi incorporada ao Código de Saúde Pública, e o art. L 2151-5 veda a utilização de embrião humano para pesquisa. A título excepcional, e por um período limitado a cinco anos contados a partir da publicação de um decreto do Conselho de Estado, as pesquisas com embriões excedentes podem ser realizadas, desde que se demonstre a impossibilidade de um método alternativo. Tendo em vista os avanços nas pesquisas com células-tronco, as autorizações não vêm sendo dadas.¹⁵⁴

Na Espanha é proibida a produção de embriões humanos exclusivamente para pesquisas, sendo permitida a utilização dos excedentes que tiverem perdido sua capacidade de desenvolvimento biológico ou que estejam mortos¹⁵⁵.

Na Inglaterra, existe a possibilidade de criação de embriões exclusivamente para fins de pesquisa, inclusive híbridos¹⁵⁶. A Alemanha, a Áustria e a Itália proíbem a criação de mais embriões do que aqueles que podem ser transferidos, em um ciclo de fertilização, sob pena de

¹⁵² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Op. cit. p. 84.

¹⁵³ *California has awarded \$271 million in grants to build 12 stem cell research centers in the state, even as one of the political rationales for the building program might soon disappear. The New York Times*, 08/05/2008, **\$271 Million for Research on Stem Cells in California**. Disponível em <http://www.nytimes.com/2008/05/08/us/08stem.html?scp=6&sq=&st=nyt>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A questão jurídica das pesquisas com células embrionárias. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 1, maio 2008, p. 22.

¹⁵⁵ *Artículo 33: 1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación; 2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*. ESPANHA, Jefatura Del Estado. Lei 14/2007 de Investigación biomédica, de 04 de julho de 2007. Disponível em http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12945. Acesso em 17 de outubro de 2008.

¹⁵⁶ A lei que anteriormente bania essa prática foi revogada em maio de 2008. *The New York Times*, 20/05/2008. **Britain: Hybrid Embryo Ban Is Defeated**. Disponível em http://www.nytimes.com/2008/05/20/world/europe/20briefs-HYBRIDEMBRYO_BRF.html. Acesso em 18 de outubro de 2008.

aplicação das sanções da lei penal. O número de embriões fertilizados a cada ciclo é limitado a três. Em outros lugares, como Áustria, Noruega e Tunísia, todo tipo de pesquisa com embriões é proibida.¹⁵⁷

No Brasil, diante da constatação de que ocorre diariamente nas clínicas de reprodução assistida o descarte dos pré-embriões considerados ‘velhos’, ou dos geneticamente inviáveis para transferência ao útero da beneficiária,¹⁵⁸ vislumbrou o Senado Federal conceder uma destinação mais nobre a essa *sobra embrionária*¹⁵⁹. Tal pretensão fora, de fato, levada a efeito após longo período de tramitação no Senado Federal em 2005, com a publicação da Lei n.º 11.105¹⁶⁰, mediante a permissiva de serem utilizadas células embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Assim, o artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança, autoriza, para fins científicos, a utilização de células-tronco humanas embrionárias obtidas a partir de embriões produzidos por fertilização *in vitro* em procedimentos de reprodução humana assistida. Todavia, reconhece que a realização da pesquisa com tais células não se pode dar de forma ilimitada, a lei exige que os embriões sejam *inviáveis* ou *disponíveis* sendo, em qualquer dos casos, necessário o consentimento dos genitores. Além disso, tipifica como crime a utilização de embrião em desacordo com o disposto no artigo 5º (art. 24) e a prática de engenharia genética em embrião humano (art. 25), punindo, respectivamente, com detenção de um a três anos e multa, e reclusão de dois a cinco anos e multa.

O Decreto n.º 5.591/2005¹⁶¹, ao regulamentar a Lei de Biossegurança, trouxe disposições interpretativas para determinação do que sejam embriões inviáveis e/ou

¹⁵⁷ Informação disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/09/070905_embrioes_hibridosrg.shtml. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁵⁸ Ao comentarem o julgamento da ADI 3510/05 pelo STF, o Senador Tião Vianna, um dos responsáveis pela redação da lei impugnada, se manifestou em sua defesa: (...) *não vou tapar o sol com a peneira (...). Sabe-se que na terapêutica reprodutiva embrionária que se usa hoje, de quatro ou cinco embriões, apenas um ou dois são viáveis; os outros vão para a descarga do banheiro depois. Isso ocorre todo dia nas clínicas de formação de embrião neste País. Acrescentou, ainda, que à época da proposição legislativa, a comunidade científica disse que dessa forma aceitaria, porque atenderia a uma transição, uma vez que daqui a alguns anos, não haveria embriões a serem descartados.* Disponível em

http://www.tiaoviana.com/index.php?option=com_content&task=view&id=705&Itemid=5. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁵⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 127.

¹⁶⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 11.105 de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 5.591 de 22 de novembro, Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição. Artigo 3º, incisos XII, XIII e XIV. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

disponíveis na prática, para fins de doação às pesquisas científicas e terapia. Assim, em face da legislação, pode-se afirmar que foram criadas três categorias de embriões: *embriões inviáveis*, aqueles que possuem alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião - estes seriam passíveis de doação para pesquisa e terapia, *a fresco* ou congelados, independente da data de produção; os *embriões disponíveis*, aqueles tidos como inviáveis e congelados até a data da publicação da Lei de Biossegurança (28/03/2005), após completarem três anos de congelamento - o que de fato já aconteceu em 28/03/2008; e os *embriões indisponíveis*, sendo aqueles inviáveis, mas que, por terem sido congelados após a publicação da Lei de Biossegurança (28/03/2005), não poderão ser doados para pesquisa e terapia, por não se identificarem com os requisitos da lei.

4.3.1 O julgamento da ADI 3510/05 e o posicionamento do STF

É cediço que nos últimos anos vem se desenvolvendo, em muitos países, uma discussão política acerca das fronteiras da liberdade da ciência no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida do embrião humano.¹⁶² E a discussão continua depois, quando da interpretação das normas jurídicas criadas para regulamentar e delimitar tais avanços da biotecnologia científica.

Nesse sentido, questiona-se a licitude e constitucionalidade das leis que autorizam experiências de tecnologia genética operadas em embriões humanos, possibilidade esta que advém, justamente da utilização das técnicas de reprodução assistida e criopreservação dos embriões excedentários.¹⁶³ Mais especificamente, a temática envolve saber se a proteção à vida humana garantida pela Carta de 1988 poderia também ser estendida ao embrião humano, para fins de proibir sua destruição em detrimento da efetivação de pesquisas em prol da ciência.

¹⁶² KRUKOWSKI, Konstantin. A pesquisa com células-tronco embrionárias no direito alemão. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília. Ano 2, julho 2008. p. 1.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 460.

Ora, para se alcançar uma resposta a esta questão, torna-se necessário determinar quando a vida humana começa a existir em termos biológicos, para que se possa efetivamente delimitar o alcance de sua proteção legal: existiria vida humana passível de tutela desde a concepção, ou não?¹⁶⁴ Ressalte-se que a questão colocada é essencialmente jurídica, embora tenha também fundamentos concernentes à ética - cumprindo lembrar que o ordenamento jurídico é formado por fato, valor e norma, tal como ensina Reale.¹⁶⁵

Em diversos países, tribunais decidiram ou terão que decidir para apaziguar este mesmo debate¹⁶⁶, sendo que no Brasil, a concretização desse questionamento deu-se com a proposição, em 2005, pelo então Procurador-Geral da República, Claudio Fontelles, de uma ação junto ao Supremo Tribunal Federal visando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança - que, por sua vez, dispõe acerca da possibilidade de utilização, em pesquisas científicas e terapia genética, de embriões humanos "inviáveis", ou congelados há três anos ou mais, com o consentimento dos genitores. Ressalte-se que essa situação teve enorme repercussão em todo o país, tendo durado longos três anos até sua plena resolução.

Em síntese, a tese central da Procuradoria-Geral da República (PGR) é a de que a utilização de tais células em pesquisas científicas e tratamentos implicaria crime contra a vida e a dignidade da pessoa humana, visto que esta surgiria na e a partir da concepção.¹⁶⁷ *In verbis*, o dispositivo impugnado:

Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

¹⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A questão jurídica das pesquisas com células embrionárias. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília. Ano 1, maio 2008, p. 28

¹⁶⁵ *Idem*. p. 25.

¹⁶⁶ No caso *Davis vs. Davis*, o Tribunal do *Tennessee* ressaltou a importância de se saber o *status* legal dos embriões *in vitro*, ao afirmar que só seria dado *status* legal ao nascituro no momento em que fosse possível falar em uma criança viável, ou seja, se o embrião houvesse atingido um estado de desenvolvimento em que fosse possível sobreviver, aplicando-se o mesmo entendimento para o embrião *in vitro*, analogicamente. Nesse mesmo caso, a corte do *Tennessee* analisou a possibilidade de os embriões congelados serem considerados propriedade. O tribunal decidiu que eles não eram propriedade, e sim vida; e que a vida humana tem início na concepção. Contudo, a autora lembra que o assunto é polêmico no país norte-americano e que há uma tendência em entender que *tecidos corporais, embriões congelados e fluidos corporais sejam um tipo de propriedade, mesmo sem todas as características de uma propriedade móvel ou imóvel*, pois, por exemplo, é ilegal a venda de material orgânico. ALBANO, Suzana Stoffel Martins, Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram. **Revista de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar. 2006, p. 74-75; 82-83.

¹⁶⁷ STF. ADI 3.510-DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 29/05/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Entendendo ser necessário interpretar, à luz de um conhecimento científico multidisciplinar, o vocábulo *vida*, o Relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, valeu-se da prerrogativa prevista no art. 9º § 1º da Lei 9868/97¹⁶⁸ e convocou audiência pública – a primeira da história do STF - para que peritos de várias áreas da ciência trouxessem subsídios acerca do tema, possibilitando, assim, que, a partir deles, o Tribunal deliberasse qual conceito deveria ser adotado no momento jurídico brasileiro, de forma a conferir significado à expressão *dignidade da pessoa humana*.¹⁶⁹

Confirmou-se, ao longo do debate, que se trata de um tema bastante controvertido e delicado. Pôde-se identificar que os *experts* convocados para integrá-lo se dividiram em dois blocos, tendo como principais argumentos os seguintes¹⁷⁰.

De um lado, pela inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, estão os defensores da tese segundo a qual o início da vida humana se dá a partir da *fecundação*. Afirmam que todas as células estão direcionadas, desde os seus primórdios, a atingir uma determinada configuração. Dessa maneira, deliberadamente eleger uma etapa decisiva para

¹⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Art. 9º § 1º: *Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁶⁹ Em 16 de março de 2007, o Relator da ADI 3.510/DF, Ministro Carlos Ayres Britto, designou audiência pública - realizada em 20/04/2007 - para o depoimento de pessoas com notória autoridade e experiência no tema, por entender que ela, *além de subsidiar os Ministros deste STF, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte.* STF. ADI nº 3.510-DF. Decisão Monocrática. Relator Ministro Carlos Britto. DJ 19.3.2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁷⁰ Os relatos foram elaborados com base em informações divulgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em *Últimas Notícias*. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

dizer quando a vida se inicia seria pura ficção, uma falsidade científica. A professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Dr^a. Cláudia Batista, sustenta que o direito à vida e à integridade física, desde o primeiro o momento da existência, são decorrentes do princípio de igualdade.¹⁷¹

Em sentido diverso, defendendo a constitucionalidade da norma, há os que defendem que somente é possível falar em vida humana quando o embrião atinge um determinado estágio de desenvolvimento. Assim entende a Dra. Mayana Zatz, da Universidade de São Paulo - USP, para quem a vida se inicia somente a partir do décimo quarto dia após a fecundação, quando há o início da formação da célula nervosa, visto que a doutrina científica majoritária considera que a morte cerebral determina o fim da vida (Lei 9.434/97).¹⁷² Em contraposição ao argumento de que a vida é um processo que se inicia com a fecundação, seja natural ou *in vitro*, ela afirmou que uma célula-tronco embrionária só poderá se tornar um feto por meio da intervenção humana, já que ela tem de ser inserida no útero para tanto.

Por sua vez, a antropóloga Universidade da Brasília, Débora Diniz, sustentou que *o deslocamento do debate para a questão da reprodução humana, impede que se avalie com razoabilidade a ética da pesquisa com embriões inviáveis e congelados*, visto que o debate moral sobre reprodução humana é objeto de intensa controvérsia religiosa em nossa sociedade. Já para Patrícia Planke, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, *a pergunta a ser feita é qual destino será dado aos embriões que não chegam a ser implantados no útero e não quando a vida começa*.¹⁷³

Defendeu-se, também, a necessidade científica do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas. Para tanto, foi ressaltado que esse tipo de pesquisa possui, basicamente, dois objetivos: (a) descobrir como se formam os órgãos e a origem de doenças genéticas; e (b) desenvolver a técnica de reprodução de tecidos humanos.¹⁷⁴ No que tange à necessidade de regulamentação do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, advertiu-se sobre o perigo de descarte por clínicas do material embrionário por países, como o Brasil, em que o descarte de material embrionário não utilizado não é considerado crime.¹⁷⁵

Enfim, em 29 de maio de 2008, um ano após a colheita e *processamento* desse arcabouço de informações obtido por meio da audiência pública, o Tribunal, por maioria de seis votos a cinco, manteve a integridade do dispositivo legal, julgando pela improcedência da

¹⁷¹ STF. *Últimas Notícias*. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

¹⁷² Loc. cit.

¹⁷³ Loc. cit.

¹⁷⁴ Loc. cit.

¹⁷⁵ Loc. cit.

ADI 3.510/05-DF. Considerou, portanto, constitucional para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento.¹⁷⁶

Em breve síntese, são apontados os principais argumentos e conclusões a que chegaram os ministros, para fundamentar seus votos:

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, primeiro dos seus pares a se manifestar desfavoravelmente às pesquisas, nos termos estabelecidos na legislação, foi responsável por retardar o veredicto da Corte em cerca de três meses, ao pedir vistas do processo quando começou a ser examinado, no início de março deste ano, logo após os votos do Ministro Relator e da Ministra Ellen Gracie – ambos pela improcedência da ação. Em seu voto, o Ministro Direito não pediu a derrubada do referido artigo 5º; preferiu recorrer à técnica hermenêutica da chamada *interpretação conforme a Constituição*: os trabalhos com as células-tronco seriam autorizados, mas sem a destruição dos embriões viáveis dos quais tivessem sido removidas. Ora, para todos os efeitos práticos, a exigência equivale à proibição pura e simples, tendo em vista que apenas um grupo de pesquisadores, no mundo inteiro, conseguiu essa proeza¹⁷⁷.

O Ministro Direito e o Ministro Eros Grau concordam, portanto, que *o embrião faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade*. Mas, para o relator da ação, Carlos Ayres de Britto, que votou a favor das pesquisas, *vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte*. Ou, conforme a ex-presidente da Corte Ellen Gracie, *o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero -, não se classifica como pessoa*.

O Ministro Cezar Peluso julgou improcedente o pedido, ressaltando, porém, que dava também interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins que declarou. No que se refere à inteligência das expressões *para fins de pesquisa e terapia* e *pesquisa ou terapia* contidas no art. 5º, caput, e §

¹⁷⁶ Decisão: “Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes”. STF. ADI 3510/05-DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgado em 29 de maio de 2008.

¹⁷⁷ Seguindo um procedimento utilizado em clínicas de fertilização *in vitro* para fazer diagnósticos de defeitos genéticos, o método consiste em retirar uma única célula do embrião quando este ainda se encontra em seus estágios iniciais. Os cientistas, então, introduzem na célula uma molécula comum, chamada *laminina*, para preservar a capacidade das células-tronco de se diferenciarem, segundo um estudo publicado na revista *Cell Stem Cell*. De acordo com os pesquisadores, o método em geral não prejudica o embrião, que é congelado e supostamente pode ser utilizado em um futuro processo de fertilização. **Cientistas dizem ter criado células-tronco sem destruir embrião**. Folha Online, 10 de janeiro de 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u362110.shtml>. Acesso em 17 de outubro de 2008.

2º, afirmou que a autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas deveria ser para fins exclusivamente terapêuticos. Por fim, reputou indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal.

Também pela improcedência, ao seu turno, o ministro Joaquim Barbosa foi ao nervo da questão ao assinalar que a Lei de Biossegurança *respeita três primados fundamentais da República: laicidade, liberdade individual e liberdade de expressão da atividade intelectual e científica*. No Estado laico, em outras palavras, o cientista seria livre para trabalhar com células-tronco ou não, se isso afrontar os seus sentimentos religiosos; e os pacientes acometidos de doenças devastadoras até agora incuráveis serão livres para se beneficiar - ou não, pelo mesmo motivo - dos resultados dessas pesquisas promissoras. E o país, por fim, não poderia ficar à margem da produção de conhecimentos de vanguarda dirigidos para a melhora da vida humana. Ele exemplificou, ainda, que em países como Suíça, Espanha e Bélgica, esse tipo de pesquisa é permitida, com restrições semelhantes àquelas já previstas na lei brasileira.

O Ministro Gilmar Mendes, Presidente, julgou improcedente a ação, desde que o dispositivo impugnado seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Prevaleceu o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, pela improcedência da ação. Ele salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um *bem concatenado bloco normativo* que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), aos *direitos da pessoa humana* (art. 34, VII, b), ao *livre exercício dos direitos individuais* (art. 85, III) e aos *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem

jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

Entretanto, foram estabelecidos em termos aditivos, os seguintes requisitos a serem atendidos na aplicação dos preceitos:

1) a pesquisa e a terapia mencionadas no caput do art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do art. 5º); 2) a fertilização in vitro referida no caput do art. 5º corresponde a terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de 4 óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de 4 óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; 3) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados — ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do art. 5º, caput — será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a 24 horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.¹⁷⁸

Pode-se concluir que essa decisão do Supremo Tribunal Federal, com todos os elementos que caracterizaram o peculiar trâmite processual da ADI 3.510, representou a abertura daquela Corte aos anseios e necessidades da sociedade hodierna, que, por sua vez, se vê às voltas com diversos impasses e questionamentos advindos da biotecnologia. Foi um ousado passo dado pelo ordenamento jurídico pátrio, mas que servirá, sem sombra de dúvida, como parâmetro para que a futura legislação em matérias dessa natureza possa oferecer uma regulamentação que seja, de fato, efetiva.

E nesse compasso, as atividades legislativas já começam a apresentar resultados. Prova disso é o Projeto de Lei nº. 3.067/2008 oriundo da Câmara dos Deputados¹⁷⁹, que visa adaptar a atual Lei de Biossegurança à possibilidade de realização de pesquisas com células embrionárias no Brasil, fazendo por meio da

inclusão de dez parágrafos ao artigo 5º da Lei nº 11.105, de 2005, sem alterar os três já existentes. O primeiro, estabelece a necessidade de uma autorização específica para este tipo de pesquisa. O segundo define que esta

¹⁷⁸ STF, Informativo de Jurisprudência. Brasília, 3 a 7 de março de 2008 - Nº 497. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008

¹⁷⁹ Essa proposição encontra-se apenas ao PL nº. 1184/2003, em fase de análise pela Comissão de Constitucionalidade, Justiça e Cidadania. Destes e dos outros projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional será falado adiante, no item 4.3. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=387753. Acesso em 29 de outubro de 2008.

autorização é competência da autoridade nacional em matéria de ética em pesquisa e define princípios e alguns requisitos para esta expedição. O terceiro regulamenta a requisição de embriões congelados, às clínicas de reprodução assistida. O quarto estabelece deveres para as clínicas de reprodução assistida referentes à preservação da segurança e qualidade dos embriões congelados. O quinto veda a remessa de embriões humanos para exterior, mesmo para fins terapêuticos ou de pesquisa, pois, nesse caso, perderíamos o controle das pesquisas e dos seus resultados. Por motivos semelhantes, o sexto parágrafo proposto proíbe a comercialização, direta ou indireta, dos resultados das pesquisas e o sétimo veda o envio dos resultados das pesquisas a outros países, mesmo para o intercâmbio científico, a não ser em casos especiais excetuando-se o envio para publicações científicas em revistas idôneas e com comitê revisor. O oitavo parágrafo garante o uso universal dos resultados das pesquisas, sem discriminação de qualquer tipo. O nono parágrafo proposto, inviabiliza a possibilidade de patenteamento ou qualquer outro instituto que cerceie o uso universal dos resultados das pesquisas. Por fim, o décimo aponta a competência das autoridades do sistema nacional de vigilância sanitária para verificar o cumprimento das normas propostas.¹⁸⁰

Esclarecida a problemática envolvendo esse aspecto científico do direito à procriação assistida e ao uso das TRHA, faz-se mister a exposição de outro aspecto igualmente relevante, que repercute especialmente no âmbito do Direito de Família, qual seja o reconhecimento por parte do Estado (e, também, da sociedade), desse direito às entidades familiares atípicas.

4.2 O uso das TRHA por entidades familiares monoparentais e/ou homoafetivas

O Código Civil de 2002, ao introduzir o Capítulo II no Livro I de sua Parte Geral, deu especial relevância aos chamados Direitos da Personalidade, à medida que determina serem eles intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis¹⁸¹. Diante disso, a questão que se impõe é saber se o direito à intimidade – personalíssimo por natureza, sob a ótica de uma interpretação compreensiva à luz da CF de 1988, abarcaria também o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em especial por parte de mulheres solteiras e parceiros homossexuais.

¹⁸⁰ Loc. cit.

¹⁸¹ Presidência da República. Código Civil, artigo 11. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

4.2.1 Monoparentalidade

Debate que se vincula ao tema pertinente ao direito à reprodução diz respeito à possibilidade da pessoa sozinha ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida, independente do seu estado civil e, portanto, não apenas as pessoas solteiras ou casadas separadas de fato de seu cônjuge. Gama ressalta que *a frequência maior seria de mulheres, diante da gravidez e do parto, entretanto não há óbice a que se inclua o homem que pretenda ser pai, socorrendo-se da maternidade de substituição e, assim, assuma a responsabilidade parental exclusiva relativamente à criança.*¹⁸²

No Brasil, a Constituição Federal, no artigo 226, parágrafo 4º, prevê a proteção da família monoparental, ou seja, a formada por um dos pais e seus descendentes, ao passo que a Resolução nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina – a despeito de não ter importância para o Direito de Família dentro da estrutura normativa do ordenamento jurídico pátrio – no item II, admite implicitamente a possibilidade de qualquer mulher capaz se socorrer das técnicas de reprodução medicamente assistida, apenas ressalvando que, em se tratando de mulher casada ou que viva em companheirismo, será também necessário o consentimento de seu parceiro¹⁸³.

Ao comentar a respeito de tal regra, Eduardo Leite observa que a Resolução teria sido infeliz ao admitir que as TRHA pudessem ser utilizadas para *atender a interesses egoísticos de determinadas pessoas*¹⁸⁴, já que toda pessoa tem direito à biparentalidade como direito fundamental - posição esta, que acaba por demonstrar exatamente o raciocínio de que o direito à reprodução não é absoluto, porquanto pode sofrer restrições com base em outros interesses que não os da própria pessoa que deseje ter filhos.¹⁸⁵

Entretanto, no contexto dos valores e princípios em vigor na atual ordem civil-constitucional brasileira, notadamente quanto ao pluralismo de famílias, revela-se possível, ainda que excepcionalmente, o acesso das pessoas solteiras às TRHA - desde que

¹⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 719.

¹⁸³ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92, Item II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA 1- *Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.* Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em 14 de outubro de 2008.

¹⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** Op. cit. p. 336.

¹⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 720.

configurados, além do projeto parental, outros requisitos mais rígidos do que normalmente são exigíveis de um casal.¹⁸⁶ Ademais, quanto à reconhecida importância psicológica de uma figura paterna para o desenvolvimento da personalidade da criança, há quem afirme não ser obrigatória uma presença física, tampouco masculina, razão pela qual as funções de pai poderiam ser exercidas por pessoas diferentes, como por exemplo um tio, um avo, um amigo, entre outros¹⁸⁷. A família monoparental, portanto, não deve ser vista necessariamente um mal.¹⁸⁸

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende ser perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha demonstre ter condições de respeitar efetivamente todos os princípios disciplinadores do direito à procriação artificial, e, em comprovando a sua infertilidade, pretenda ter acesso às técnicas de reprodução assistida. Afirma o autor que essa possibilidade pressupõe a existência de um projeto parental que, *de lege ferenda*, deveria ser submetido à valoração judiciária, tal como ocorre em relação à adoção¹⁸⁹, destacando que essa permissão deva ser de caráter excepcional. Por essa razão, tece críticas à legislação espanhola, que apesar de não vedar o uso das TRHA às mulheres solteiras, trata-as de igual maneira em relação àquelas que vivem em conjugalidade.¹⁹⁰

Tais ponderações revelam como é importante que o Estado-legislativo, a partir das escolhas e opções que faça no contexto pluralista e democrático, com a participação dos diversos setores organizados da sociedade brasileira, discipline os aspectos civis do acesso às TRHA¹⁹¹. Seria bastante razoável, inclusive, que essa futura legislação vislumbrasse a possibilidade de pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, e tal como lhe seria reconhecida a faculdade de adotar, também deveria sê-lo no âmbito da reprodução assistida, com todas as cautelas necessárias.

¹⁸⁶ Ibid. p. 720

¹⁸⁷ Ibid. 121.

¹⁸⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 116.

¹⁸⁹ O autor defende a necessidade de serem feitas diversas espécies de análises para que seja reconhecido esse direito à mulher solteira, desde avaliações psicológicas até estudos elaborados por assistente social. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 722.

¹⁹⁰ *Artículo 6: 1. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. (...) 3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.* ESPANHA, Jefatura Del Estado. Lei 14/2007 de Investigación biomédica, de 04 de julho de 2007. Disponível em http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12945. Acesso em 17 de outubro de 2008. Acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 722.

4.2.2 Homoafetividade

No que concerne à possibilidade de casais homossexuais se submeterem às técnicas de procriação artificial, a questão é ainda mais complexa, devendo o estudo do tema passar, inicialmente pela abordagem dada pela doutrina e jurisprudência à *adoção* por casais homoafetivos, em razão da semelhança guardada entre o instituto e a filiação decorrente da aplicação das técnicas de reprodução humana assistida.

No que tange ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como verdadeiras *famílias*, a Desembargadora Maria Berenice Dias espousa tese abraçada por grande parte da doutrina e dos Tribunais de Justiça estaduais, segundo a qual a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas, razão pela qual devem ser tuteladas, analogicamente, pela legislação infraconstitucional atinente às uniões estáveis.¹⁹² Berenice Dias afirma ainda que, a partir de 1988, o *afeto* restou inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico no sentido de outorgar proteção não mais ao casamento, mas sim à família¹⁹³. Para tanto, ela argumenta que o artigo 226 da Constituição é meramente exemplificativo:

Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais freqüentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição de família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano.¹⁹⁴

Ao analisar a adoção de crianças por casais homoafetivos, o também Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos cita diversos autores, tais como João Baptista Villela, Françoise

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70012836755. 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias. Julgado em 21/12/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em 14 de outubro de 2008.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade - o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13.

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 14.

Héritier, Stéphane Nadaud, Fiona L. Tasker, Susan Golombok, Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterd Bort, todos unânimes em afirmar que os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em crianças serem adotadas por casais homossexuais, destacando que o mais importa é qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar. Destaca o desembargador que *é hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e adolescentes (art. 227 da CF)*.¹⁹⁵

Diogo de Calasans Melo Andrade afirma, ainda, que os princípios da igualdade e da liberdade consagrados constitucionalmente impõem a não-discriminação em relação à orientação sexual, cabendo a cada um optar com quem se relacionar¹⁹⁶. Defendendo a existência do princípio jurídico da afetividade, o qual tornou possível o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, sustenta o autor a possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais.¹⁹⁷

No entanto, ainda há muitos autores que rechaçam a idéia de que homossexuais possam recorrer à reprodução assistida, sob o argumento de que, na especial proteção constitucional assegurada às crianças, estaria incluso o seu direito de se desenvolver num ambiente familiar “normal”, onde haja a efetiva biparentalidade heterossexual.¹⁹⁸ Por este caminho segue Maria Helena Machado, que se coloca contra a utilização dessas técnicas por pessoas que não sejam casais heterossexuais. Ela afirma que não há como comparar a adoção com a procriação assistida, tendo em vista que no primeiro caso, trata-se de crianças já nascidas, que não têm quem as crie ou se responsabilize por sua educação, enquanto que no segundo, estar-se-ia diante de uma permissão para que fossem geradas crianças sem o devido respeito ao seu direito de ter um pai e uma mãe.¹⁹⁹ Não seria possível, portanto, igualar tais situações.

É bem verdade que os direitos postos em confronto revelam distinções substanciais: na adoção, atende-se à necessidade de uma criança ser acolhida por uma família; na reprodução assistida, busca-se satisfazer o direito à reprodução. De um lado, protege-se um direito que tem repercussão social e cunho solidário; do outro, um direito que está mais afeto à esfera

¹⁹⁵ GALVÃO Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. Síntese. IBDFAM, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007, p. 73-85.

¹⁹⁶ ANDRADE Diogo de Calasans Melo, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. Síntese. IBDFAM, v. 7, n. 30, jun./jul. 2005, p. 120.

¹⁹⁷ Ibid. p. 121.

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 158.

¹⁹⁹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. p. 124.

privada, à liberdade, à saúde e à intimidade de cada um²⁰⁰. Contudo, em que pese tratar-se da tutela de direitos diferentes, tal fato não justifica por si só o reconhecimento de um com a conseqüente exclusão do outro, uma vez que ambos são igualmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio e regidos pelos mesmos princípios.²⁰¹

Dessarte, diante dos já mencionados direitos à igualdade, à liberdade, à saúde e à intimidade, e tendo em vista a possibilidade, ao menos em tese, de se demonstrar a capacidade para desempenhar um projeto parental adequado ao melhor interesse da criança, parece implausível afastar peremptoriamente um possível direito de parceiros homossexuais e pessoas sozinhas se submeterem às técnicas de reprodução humana assistida, tendo em vista toda a evolução pela qual toda a sociedade vem passando desde o final do século XX, e ao longo do século XXI.

Colocadas, pois, as questões que giram em torno dos limites ao direito de utilizar-se das TRHA, cabe agora trazer a comento uma das principais alterações percebidas na seara do direito de família, também decorrente dos avanços biotecnológicos, qual seja a relativização da verdade biológica na determinação de conceitos como filiação e a posse de estado de filho.

4.5 Novos modelos de filiação: verdade biológica *versus* verdade afetiva

Na esteira da verdadeira revolução ocorrida no campo da biotecnologia, verificou-se a produção de reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das novas formas de filiação, fundadas ora na verdade afetiva, ora na verdade biológica. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, maternidade e da filiação.²⁰² Ainda assim, presume a lei como concebidos na constância do casamento os filhos (CC 1.597): III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de

²⁰⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 118.

²⁰¹ Ibid. p. 119.

²⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 215.

concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.²⁰³

Destarte, observa-se que o Direito hoje reconhece fatos decorrentes da biotecnologia como aptos a fundamentar a constituição de um estado de filiação originário²⁰⁴, admitindo também como filiação decorrente do casamento, aquelas que resultam das técnicas de reprodução humana assistida. Em outras palavras, *existe vínculo de filiação mesmo sem o nexu biológico*.

Observa-se, portanto, que a verdade jurídica, se acompanhada da verdade afetiva, deverá prevalecer sobre a verdade biológica, o que demonstra uma completa reformulação de critérios. O sistema de estabelecimento de paternidade e filiação, desse modo, se torna mais aberto e flexível, além de se adequar perfeitamente aos valores e princípios constitucionais a esse respeito, em prol dos melhores interesses da criança.

4.5.1 Estado de filiação e origem genética: distinções

Há autores que alegam que o direito fundamental à informação genética encontraria arrimo no direito à filiação e que o princípio da verdade biológica levaria, necessariamente, à proibição do anonimato na futura legislação das TRHA. Entretanto, essas realidades não se confundem nem conflitam, sendo certo afirmar que o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação.²⁰⁵

De um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de simples exame laboratorial que permite afirmar a existência de um *liame biológico* entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o *estado de filiação*, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho,

²⁰³ Essa tímida incursão do legislador, que estabeleceu presunções de filiação somente nas hipóteses de inseminação artificial, encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido para tratamento em um código, ficando mais bem acomodado em lei especial. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 329; REALE, Miguel, O **projeto do Código Civil**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

²⁰⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 185.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 326.

independentemente de serem parentes consangüíneos.²⁰⁶ Paulo Luiz Netto Lobo destaca que existe, pois, um claro distanciamento entre a função de *pai - aquele que cria e dá amor*, e a de mero *ascendente biológico, responsável tão somente pela geração da criança*. Trata-se, inclusive, de certo paradoxo, pois *nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva*.²⁰⁷

Assim, tem-se que na busca pela identificação (ou desconstituição) do vínculo de filiação, prevalecerá sempre a verdade afetiva, enquanto que o direito à origem genética será exercido por qualquer pessoa, independentemente de provas referentes àquela paternidade *construída* entre pai e filho. De tal sorte, na busca da identidade genética, fundada nos direitos da personalidade, há apenas a procura pelo procriador ou genitor, que em nada altera o vínculo de paternidade já estabelecido anteriormente.²⁰⁸

No tangente à especialidade da fecundação artificial heteróloga, o anonimato do doador pode ser quebrado, assim como o anonimato do pai biológico na adoção por ação de estado, a fim de garantir ao filho o direito à personalidade e ao conhecimento da sua origem genética, seja para poder verificar doenças hereditárias, seja para evitar impedimentos matrimoniais. Entretanto, Lôbo lembra que o *filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que conste em arquivos da instituição que os armazenou, para fins de direitos da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade*.²⁰⁹

Dessa forma, adota-se no Brasil a posição segundo a qual inexistem vínculos parentais entre o doador e a criança gerada a partir de seu material genético, sendo o estado de filiação atribuído àquele que idealizou o projeto parental, em razão da afetividade que os une. Isso porque não cabe ao filho gerado por meio de técnica reprodutiva, ou mesmo ao adotivo, contestar a paternidade sócio afetiva. Daí poder-se afirmar que, uma vez estabelecido o vínculo com todas as formalidades legais do artigo 1.597 do Código Civil, e não havendo vícios, a relação de parentesco tornar-se-á intangível.

Em suma, ao gerado artificialmente e ao adotado seria dado o direito apenas de acesso às informações sobre os seus genes, cuja garantia e encontra no direito à informação genética.

²⁰⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Art. 27: *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça*.

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias...** p. 137.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, Brasília: R. CEJ, n. 27, out./dez. 2004, p. 47-56.

²⁰⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 188.

Significa dizer que, em ação própria, não se busca o estado de filho – por meio de ação de investigação de paternidade, mas sim o direito ao conhecimento de sua origem genética, entendida apenas como dados genéticos necessários para evitar ou tratar doenças hereditárias e para impedir os casos de impedimento matrimonial.²¹⁰

Por oportuno, a título de ilustração, cumpre trazer a comento uma regra do Direito Inglês que contrastar com essa concepção jurídica brasileira, ao prever que toda a prática relacionada à fertilização *in vitro* de material de terceiro doador somente poderá ser realizada em clínicas licenciadas pelo *Human Fertilization and Embriology Authority* – órgão fiscalizador das clínicas de RHA -, sob pena de ser considerado o pai jurídico da criança aquele que doou o material fecundante. Verifica-se, pois, uma maior relativização do *anonimato* no direito inglês.

Apuradas as principais conseqüências da aplicação das TRHA para o Direito brasileiro, cumpre trazer à baila aspecto de crucial importância para um completo estudo do tema, qual seja a carência de normas específicas em nosso ordenamento. Neste compasso, o quinto e último capítulo visa abordar os aspectos do atual estágio legislativo brasileiro no que concerne ao Biodireito e, mais especificamente, à reprodução medicamente assistida.

²¹⁰ Ibid. p. 187.

5 ANÁLISE (DA LACUNA) NORMATIVA EM RELAÇÃO ÀS TRHA

5.1 O valor jurídico da Resolução n. 1358/92 do CFM e a Lei n. 11.105/05

Conforme visto anteriormente, a única norma que regula de forma específica as técnicas de reprodução humana assistida no Brasil é a Resolução Normativa nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), tendo como princípio geral a premissa de que tais técnicas representam um meio de superação da infertilidade humana como problema de saúde.²¹¹ Importante ressaltar que essas normas éticas devem ser caracterizadas como textos deontológicos a serem seguidos pelos profissionais da área médica quando da aplicação das TRHA, *os quais, em caso de não obediência, estão sujeitos a um processo formal sancionatório.*²¹²

Essa resolução tenta garantir o sigilo dos procedimentos e a não-comercialização do corpo humano. Propõe o consentimento informado em casos de FIV, a limitação do número de receptores por doação, a fim de evitar a endogamia ou o encontro de irmãos em união consensual, o que vulgarmente se conhece como *incesto tecnológico*; delimita um prazo máximo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo; proíbe a redução e o descarte de embriões, mas permite a seleção, a fim de se evitar a transmissão de doenças hereditárias, incluindo a seleção de sexo. Ainda segundo a Resolução, os embriões devem ser gerados pela própria doadora ou cedidos, sendo permitida a prática da doação temporária do útero entre mulheres, com parentesco até segundo grau, e que a FIV seja efetuada em mulheres solteiras.

Na verdade, não se poderia afirmar que os dispositivos contidos nessa Resolução representam o *verdadeiro* estado atual do Biodireito em relação às técnicas de reprodução humana assistida no Brasil. Prova disso é o fato de que vários dos assuntos ali tratados já foram e continuam sendo discutidos no âmbito do Congresso Nacional.²¹³

Ora, a maioria desses temas ultrapassa o âmbito do interesse das corporações profissionais em garantir um correto exercício da medicina por parte dos seus membros, envolvendo também interesses essenciais e direitos fundamentais dos pacientes, sendo certo

²¹¹ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº. 1.358/92. Item I, 1.

²¹² KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 37.

²¹³ Cf. item 4.2.

que *regulamentações alternativas* não atendem às exigências de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista serem elas *impostas por determinados segmentos profissionais que não representam os interesses do corpo social como um todo e não corresponde, às propostas tiradas de um debate público.*²¹⁴ Ademais, o princípio constitucional da reserva legal²¹⁵ deverá se impor nesses casos, em que o que está em jogo é a pessoa humana, sua liberdade e seus direitos fundamentais.

Diante disso, revela-se essencial que o legislador parlamentar - democraticamente legitimado - manifeste-se sobre os diversos aspectos polêmicos envolvendo as TRHA, de modo a fornecer *uma legislação suficientemente maleável, porém firme, a fim de controlar e regulamentar questões que, de há muito, estão a exigir uma normatização da sociedade.*²¹⁶ Tal como visto anteriormente, vigora no Brasil a Lei n. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, que apesar de abordar diversos pontos ligados à bioética, é omissa no que concerne, por exemplo, ao uso e aplicação das TRHA, bem como de suas conseqüências.²¹⁷

Assim, um adequado e efetivo tratamento legislativo parece ser o melhor caminho a ser seguido pelo sistema jurídico pátrio. Percorrê-lo, todavia, não tem sido tarefa das mais fáceis, uma vez que se revela imprescindível a transposição de inúmeros obstáculos – das mais diversas origens, para que se alcance, finalmente, uma resposta legítima aos anseios do novo contexto biotecnológico no Brasil.

5.2 Os principais obstáculos à positivação do Biodireito

*Ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biotecnologia e da Medicina.*²¹⁸ Este Biodireito, assim conceituado, firma-se cada vez mais como estudo autônomo ao deslocar-se da Bioética para atingir um nível de independência científica, na

²¹⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 36.

²¹⁵ Expressão máxima deste princípio é o art. 5º, II, da CF de 1988, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

²¹⁶ HERMANS, M. Artemísia Arraes. Questões sobre a bioética. In: **Revista CEJ**, 8, Brasília, ago. 1999. p. 110, *apud* KRELL, Olga Jubert Gouveia, Op. cit. p. 37.

²¹⁷ Cf. item 3.3.

²¹⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 50.

medida em que o poder legislativo é acionado para disciplinar alguns de seus aspectos problemáticos, dentre eles, a reprodução medicamente assistida.

Pode-se dizer que o modelo normativo do Biodireito, como uma congregação de regras dedicadas a uma determinada matéria, de modo codificado ou não, não é uma realidade nova no Brasil, tendo o mesmo ocorrido com a legislação previdenciária, agrária, ambiental e consumerista, por exemplo. As soluções aos avanços científicos surgem gradualmente, mediante legislação especial, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente o qual devem integrar. Ganham, portanto, *feição de microssistema, não chegando realmente a constituir um novo ramo do direito*,²¹⁹ como afirma uma parcela da doutrina. Nessa mesma linha, Hooft afirma que

o Biodireito não deveria construir-se como mais um ramo do ordenamento jurídico, mas oferecer o espaço de interação e diálogo interdisciplinar, aberto para a Ética filosófica e as contribuições provenientes do campo das ciências particulares, num novo espaço de síntese atento às exigências da filosofia dos direitos humanos, evitando uma excessiva rigidez formal.²²⁰

Saliente-se que a necessidade de regulamentação da matéria decorre, precipuamente, dos problemas éticos que os procedimentos da RHA têm suscitado, e também como forma de garantir a integridade da saúde das mulheres e das crianças geradas sob tais circunstâncias. Tem-se, pois, que a discussão da reprodução medicamente assistida não está limitada ao contributo de um discurso da adequada proteção dos direitos envolvidos por meio da tutela legal, devendo ela, sobretudo, trazer ao debate os limites éticos impostos por uma dada sociedade, de onde se abre o espaço para a importante intervenção reguladora do Direito.

Independente de sua classificação topográfica no Direito pátrio, é certo que para ganharem eficácia social, as normas jurídicas a serem promulgadas na área do Biodireito necessitam de *legitimidade*, fundada na aceitação dos grupos sociais vinculados à área de sua aplicação, sob pena de tornarem-se um conjunto de normas abstratas não-internalizadas pela sociedade e, portanto, sem qualquer eficácia. Isto parece evidente quando se toma o exemplo de uma eventual proibição legal das TRHA ou de manipulação genética, visto que haveria enormes dificuldades quando da fiscalização estatal dos médicos e pesquisadores nas suas clínicas e laboratórios. Daí decorre que valores éticos não devem ser simplesmente impostos pelo legislador, mas internalizados por parte dos agentes a que se destinam.²²¹ Some-se a isso o fato de as tecnologias reprodutivas conceptivas tocarem em questões fundamentais do nosso

²¹⁹ Cf. BARBOZA, Heloisa H. **Princípios do Biodireito**... p. 50.

²²⁰ HOOFT, Pedro F. *Bioética y derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 11,23, 134, *apud* KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 51.

²²¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Op. cit. p. 55.

ordenamento social, reestruturando institutos basilares do Direito, tais como as idéias de família, parentesco e filiação.

Ora, todos esses fatores fazem com que qualquer discussão legislativa nessa seara extrapole suas dimensões estritamente técnicas. Diante, pois, da difícil tarefa de legislar acerca de temas tão complexos, surge o questionamento envolvendo a escolha do *tipo normativo* mais adequado para tanto.

Leis gerais, que fixam princípios, possibilitariam uma maior flexibilidade nas decisões prolatadas pelos órgãos administrativos – conselhos e comitês de Ética – e, em última instância, pelos magistrados, entendendo-se por normas principiológicas aquelas de caráter inspirador, de conteúdo não taxativo ou proibitivo e que não prescrevam ou determinem condutas, mas que indiquem o melhor caminho a seguir.²²² Ao contrário, *leis específicas* trariam o risco de reduzir o Direito a uma simples função instrumental adaptável ao sabor dos progressos científicos. Entretanto, não se pode negar que determinados tópicos como o anonimato do doador de gametas, a clara determinação de quais técnicas são passíveis de utilização e também a determinação da paternidade civil da criança - entre outros - são assuntos que deverão, de *lege ferenda*, ser regulamentadas de forma prescritiva e taxativa.

De qualquer forma, a futura regulamentação deverá ter como perspectiva não só a garantia dos direitos de quem sofre as intervenções diretas - no caso, as mulheres -, mas também a proteção da *sociedade* em geral contra todo tipo de abuso, por meio da imposição de limites aos profissionais médicos que realizam as práticas de reprodução artificial, a exemplo do que já ocorre na legislação estrangeira, mais especificamente na alemã, onde se tem que a criação de um embrião *in vitro* pode servir somente a um único propósito: à gravidez da mesmíssima mulher de quem deriva o óvulo.²²³

²²² *Loc. cit.*

²²³ A Lei de Proteção aos Embriões de 1990 - *Embryonenschutzgesetz* (ESchG) - proíbe em seu §1º, inciso I, a realização de várias *técnicas de reprodução abusivas*: a transferência de óvulos alheios não fecundados para uma mulher (nº. 1), a fecundação artificial de um óvulo para um outro fim que não o da gravidez da mulher de quem deriva o óvulo (nº. 2), a transferência ou a fecundação de mais de três (próprios) óvulos por uma mulher dentro de um ciclo (nº. 3-5), a extração de um embrião de uma mulher antes da nidação no útero para fins de transmiti-lo a uma outra mulher ou para utilizá-lo por qualquer motivo que não serve a mantê-lo (nº. 6) e, por fim, a fecundação artificial e transferência de um embrião para uma mãe substituta (nº. 7). O inciso II sublinha esta noção, penalizando literalmente a inserção artificial de um espermatozóide em um óvulo para um outro fim diferente do que a efetuação de uma gravidez da mulher de quem deriva o óvulo, ou seja, a *barriga de aluguel*. Cf. KRUKOWSKI, Konstantin. Op. cit. p. 9.

5.3 Uma visão panorâmica dos principais Projetos de Lei (PL) em trâmite no Congresso Nacional

Costuma-se dizer que o marco ético para o debate legislativo internacional foi o Relatório *Warnock* (1984), produzido na Grã-Bretanha em 1984. Suas recomendações são, ainda hoje, consideradas uma referência internacional para o processo de regulação das tecnologias reprodutivas conceptivas. O grupo de trabalho que compôs esse documento teve a incumbência de analisar os impactos sanitário, ético e político das tecnologias, pois sabia que *ao recomendar legislação, estaria recomendando um tipo de sociedade que todos possam defender e admirar.*²²⁴

No atual cenário legislativo brasileiro, verifica-se que a RHA vem ganhando cada vez mais espaço entre os parlamentares, ao passo que os membros da sociedade incorporam esse tipo de avanço tecnológico aos seus projetos de vida. Prova disso é o fato de que hoje, no Congresso Nacional, existem cerca de quinze PL abordando questões ligadas à reprodução assistida.²²⁵

Uma das primeiras proposições de que se teve notícia foi a de nº. 809/1991²²⁶, apresentada pelo deputado Maurici Mariano (PRN/SP), com a proposta de proibição da prática denominada em seu texto *barriga de aluguel*, assim como das técnicas envolvendo todo tipo de fertilização heteróloga – não tendo alcançado, todavia, sua conversão em norma legal. Posteriormente, a apresentação do PL 3.638/1993 pelo então deputado Luiz Moreira (PTB/BA), foi tida como o passo inicial para provocar o debate legislativo em torno das tecnologias conceptivas, apesar de ter sido igualmente arquivado pelo Senado em fevereiro de 2007.²²⁷ Uma possível explicação para a *apatia legislativa* em torno desse projeto é o fato de que se resumiu a uma transposição da Resolução nº. 1.358/92 do CFM, para a esfera

²²⁴ WARNOCK, M. *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embriology*. Department of Health and Social Security, July, 1984.

²²⁵ Todos os projetos de lei pesquisados nos sites da Câmara e do Senado fazem referência ao termo *reprodução assistida* na seção de Indexação e Justificação.

²²⁶ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=182770. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²²⁷ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19976. Acesso em 30 de outubro de 2008.

legislativa, o que gerou a suposição, *equivocada*, de que o projeto versava sobre uma questão estritamente técnica para a medicina reprodutiva²²⁸.

Afirma-se ainda que, somente com o anúncio da clonagem da ovelha *Dolly*²²⁹ e com o crescimento da discussão sobre pesquisa genômica com seres humanos – referente à Bioética no Brasil – é que o tema das tecnologias reprodutivas conceptivas ganhou força no Legislativo.²³⁰

Nesse contexto, a leitura de algumas dessas proposições em andamento oferece um panorama informativo e ilustrativo, embora não exaustivo, das questões propostas e dos itens em debate, além de possibilitar que seja feita uma *previsão* acerca do futuro posicionamento a ser adotado no direito brasileiro, por meio da análise das *tendências dominantes* no debate legislativo envolvendo o processo de elaboração, discussão e aprovação das normas jurídico-legais que irão tutelar a RHA no país.

Entre as proposições que visam esse fim, atualmente em estágio mais avançado na tramitação encontra-se o PL 1184/2003,²³¹ de autoria do então senador José Sarney (PSDB/CE), sendo ele o *substitutivo*²³² ao PL 90/1999²³³ inicialmente proposto pelo senador Lucio Alcântara (PSDB/CE), ambos no Senado Federal. O substitutivo é também o mais extenso e com maior ambição de controle da prática e do acesso às técnicas reprodutivas, tendo sido o único submetido ao escrutínio público das sociedades científicas, religiosas e dos

²²⁸ Cf. DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Jornal brasileiro de reprodução assistida**, vol. 7. n. 3. novembro/dezembro 2003, p.12

²²⁹ A ovelha *Dolly* nasceu em 05 de julho de 1996 como o primeiro mamífero clonado por transferência nuclear de células somáticas. O Prof. *Ian Wilmut*, do Instituto *Roslin*, da Escócia, foi o pesquisador responsável por este experimento. O núcleo utilizado no processo de clonagem foi oriundo de uma célula da glândula mamária de uma ovelha de seis anos denominada *Bellinda*. Uma outra ovelha, chamada *Fluffy*, foi a doadora do óvulo utilizado para receber este núcleo e, finalmente, uma terceira ovelha, *Lassie*, foi quem gestou a ovelha *Dolly*. Para evitar que pudessem ser misturadas características destas três fêmeas, elas eram de raças com características fenotípicas diferentes entre si. Vale lembrar que foram feitas 276 tentativas para ser obtido um animal clonado viável. A comunicação do nascimento da *Dolly* gerou inúmeras reações contrárias e favoráveis à sua realização. Muitas pessoas se posicionaram imediatamente contra, pois viam neste procedimento uma ameaça contra a dignidade humana. Inúmeros países, inclusive o Brasil, estabeleceram medidas jurídicas para impedir que este processo fosse utilizado em seres humanos. Outros achavam que isto era inerente ao progresso da ciência e que não havia problema algum. Um terceiro grupo reconheceu que este procedimento tinha riscos, mas que não deveria ser simplesmente banido. Segundo esta linha de pensamento, o Princípio da Precaução deveria ser utilizado neste caso. GOLDIM, José Roberto. **Caso Dolly: primeiro mamífero clonado**. Bioética e Ética na Ciência, 16/02/2003. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/dollyca.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³⁰ Cf. DINIZ, Débora. Op. cit., p.13.

²³¹ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³² De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), a emenda é chamada de substitutivo quando o Relator propõe uma nova redação global ao projeto, alterando-o de maneira substancial. Esse tipo especial de emenda substitui integralmente o texto original da proposição (Arts. 118,§4º e 138,§4º, RI/CD).

²³³ Informações referentes ao trâmite da proposição estão disponíveis em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304. Acesso em 30 de outubro de 2008.

movimentos sociais durante sua tramitação no Senado Federal²³⁴. Após ter sido apresentado e discutido em todas as comissões específicas do Senado, o *PL 1.184/2003* foi encaminhado para a apreciação pela Câmara em junho de 2003 e, por força de disposições regimentais²³⁵ dessa Casa, tramitam junto a ele os projetos 2.855/1997, 4.664/2001, 4.665/2001, 6.296/2002, 120/2003, 2.061/2003, 4.686/2004, 4.889/2005, 5624/2005 e, mais recentemente, o 3.067/2008, tendo em vista tratarem do mesmo gênero temático. Dessa forma, qualquer discussão acerca daquele projeto substitutivo implicará também na discussão dos demais mencionados.

Ressalte-se que, enquanto as proposições de nº 2.855/1997, 1.184/2003, 1.135/2003 e 2.061/2003 pretendem alcançar praticamente todo o processo envolvendo a RHA, tem-se que os demais projetos se ocupam apenas de determinados aspectos relativos às técnicas conceptivas. Destarte, mostra-se necessário explicitar em breves linhas o que ambiciona cada uma dessas proposições:

Os PL 4.664²³⁶ e 4.665²³⁷, de 2001, são de autoria do deputado Lamartine Posella (PMDB-SP). O primeiro dispõe acerca da proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados *in vitro* e determina a responsabilidade sobre os mesmos, sendo que tramita apensado ao PL 1.184 desde junho de 2005. Já o segundo dispõe sobre a autorização da fertilização humana *in vitro* para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo

²³⁴ Em nota, a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) divulga sua participação junto aos deputados federais: “(...) Ainda este ano, vimos tentando contato com o Deputado Colbert Martins para que pudéssemos participar do processo de revisão, contando com a ajuda importante do Deputado Rafael Guerra, presidente da comissão parlamentar da saúde, mas que até então não havia conseguido este contato. Em seguida, descobrimos que o Deputado Colbert Martins é grande amigo da família de Marcos Sampaio. Assim, após o contato feito por Marcos, o Dep. Colbert Martins nos recebeu. Ao fim, após a reunião, entendemos a dificuldade da situação e a necessidade de uma mobilização geral nossa, buscando apoio de senadores e deputados com objetivo de esclarecê-los para que participem da votação no plenário em nosso favor, quando ela for realizada. (...) Posteriormente (início de junho), estive novamente em Brasília, a convite do Dep. Rafael Guerra, para participar da audiência pública sobre pesquisa em seres humanos, de autoria do Dep. Colbert Martins. Foi uma oportunidade que ele nos deu para esclarecermos aos deputados a respeito de RA, assim como um novo contato com o Dep. Colbert Martins. Em minha apresentação mostrei os benefícios dos avanços técnicos e o estado atual das técnicas no país. Consegui também esclarecer os pontos negativos do PL do Senador Tião Viana (PL 1184/2003). Fiquei impressionado com a falta de esclarecimento de diversos deles e como se posicionam contrariamente ao PL quando entendem as limitações. (...)”. Disponível em http://www.sbra.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=43. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³⁵ Art. 142. Estando em curso duas ou mais proposições da mesma espécie, que regulem matéria idêntica ou correlata, é lícito promover sua tramitação conjunta, mediante requerimento de qualquer Comissão ou Deputado ao Presidente da Câmara (...). BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³⁶ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28414. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³⁷ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28415. Acesso em 30 de outubro de 2008.

processo natural de fertilização, subordinando o uso da técnica à sua realização somente nas clínicas autorizadas pelo Ministério da Saúde. Em maio de 2001 essa proposição foi apensada ao PL 2855/1997²³⁸, no qual o deputado Confúcio Moura (PMDB/RO) dispõe acerca de cada uma das etapas do processo de aplicação das TRHA. Também apensado ao PL 2855/1997, desde junho de 2003, encontra-se o PL 1135/2003²³⁹, do deputado Dr. Pinotti (PMDB/SP), que visa igualmente estabelecer normas para os diversos aspectos que envolvem a RHA.

De acordo com o PL 4686/04²⁴⁰, de autoria do deputado José Carlos Araújo (PFL/BA), as pessoas nascidas por inseminação heteróloga poderão ter acesso a todas as informações acerca dos doadores do material genético e/ou da mãe biológica. Isso porque a proposta obriga que as instituições de saúde com licença para realizar reprodução assistida, mantenham em arquivo sigiloso todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga. Sua pretensão maior é a de introduzir ao Código Civil o *artigo 1597-A*, assegurando ao ser gerado a partir da reprodução assistida, o direito ao conhecimento da origem genética, sendo que exclui o seu direito sucessório e o vínculo parental em relação ao doador.²⁴¹ Esse projeto tramita apensado ao PL 120/03²⁴², do deputado Roberto Pessoa (PFL/CE), porquanto abarca também os temas tratados pelo projeto de 2004: já estabelecia que, às futuras crianças geradas com o auxílio das TRHA, lhes seria garantindo o direito ao reconhecimento das origens biológicas por meio da *investigação de paternidade*²⁴³ prevista pela Lei nº. 8.560, de 1992²⁴⁴. A apensação dos dois textos ao PL 1.184/2003 deu-se em julho de 2003.

Entre aqueles projetos mais extensos encontra-se também o PL nº. 2.061/2003²⁴⁵, apresentado durante o mandato da deputada Maria José - Maninha (PT/DF). Tendo sido

²³⁸ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=18719. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²³⁹ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=117461. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴⁰ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=273816. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴¹ DINIZ, Débora. Op. cit. p. 7.

²⁴² Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=104774. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴³ Repise-se que os argumentos utilizados para defender esse direito vêm ganhando fôlego no debate legislativo brasileiro, bem como nos conflitos submetidos à tutela judicial, razão pela qual possui fortes tendências à conversão em lei. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A nova filiação...** p. 926.

²⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴⁵ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=134835. Acesso em 30 de outubro de 2008.

resultado de uma tentativa inédita de inclusão do tema na Câmara Distrital²⁴⁶, ele incorpora princípios importantes, como o de planejamento familiar e o de direitos reprodutivos, mas resume-se a ser uma miscelânea da Resolução 1.358/92 do CFM com os projetos anteriores em tramitação.

A seu turno, o PL 5624/2005²⁴⁷ do deputado Neucimar Fraga (PL/ES) destina-se à criação de um *Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde, a ser desenvolvido pelos estabelecimentos conveniados ao Ministério da Saúde*, por meio do qual seria garantido aos inférteis, portadores de doenças genéticas ou infecto-contagiosas, todo o auxílio, assistência e orientação especializada por parte dos órgãos de saúde, bem como o desenvolvimento de projetos e ações destinados à garantia da saúde reprodutiva. Conforme visto anteriormente, na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) foi aprovada, em 1ª sessão legislativa, a matéria do PL 731/2007, de autoria do deputado Wilson Cabral (PSB), que visa instituir uma *Política Estadual de Proteção Integral em Reprodução Humana Assistida*, por meio da qual o SUS arcaria com as despesas inerentes às TRHA para aqueles casais que sofrem com a *infertilidade conjugal* – à semelhança do que vislumbra o PL 5624/2005 em âmbito nacional.

E finalmente, o já mencionado²⁴⁸ PL 3.067/2008²⁴⁹, de autoria do deputado Dr. Pinotti (DEM/SP), quer modificar a Lei 11.105/05, para que as pesquisas com células-tronco possam ser feitas somente por instituições especificamente habilitadas, por autorização especial, impondo que tal autorização seja concedida pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP. Prevê também que as clínicas de reprodução assistida deverão cumprir certas obrigações, como absterem-se de comercializar embriões (sob pena de enquadrarem-se no § 3º do art. 5º da Lei 11.105/05), não remeterem embriões ao exterior, nem tampouco o resultado de pesquisas. Nesse sentido, proíbe a comercialização dos resultados de pesquisa sobre células-tronco e seu registro como patentes, registro sanitário ou outro que cerceie sua aplicação universal. Diz, ainda, que é da competência das autoridades do Sistema Nacional de

²⁴⁶ O PL nº. 1.911/2001 *disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde do DF, estabelece penalidades e dá outras providências, em acordo com a Constituição Federal e Lei Orgânica de Saúde*. Foi apresentado pela deputada Maninha em 13/03/2001 e arquivado com o fim de sua legislatura, em 2003. Disponível em <http://www.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!1911!2001!visualizar.action>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴⁷ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=293728. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁴⁸ V. item 3.3.1.

²⁴⁹ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=387753. Acesso em 30 de outubro de 2008.

Vigilância Sanitária a verificação do cumprimento da lei, além de estabelecer normas de conduta para aquelas. Por fim, quer aplicar às condutas previstas o princípio da responsabilidade subjetiva.

É certo que alguns temas tendem ao acordo legislativo mais facilmente do que outros, tais como a possibilidade de haver *doação de gametas*. Todos os projetos consideram esta uma prática legítima, desde que não haja comercialização e seja resultado da livre doação. O mesmo pode ser dito da *redução embrionária*: nenhum deles considera a possibilidade deste procedimento, exceto em situações de risco de vida para a mulher, havendo até alguns que determinam penalidades para quem o praticar. Um outro ponto no qual os projetos coincidem refere-se às fundamentações social, política e sanitária das tecnologias reprodutivas conceptivas: todos pressupõem que se trata de uma *questão de saúde*. Esta fundamentação, no entanto, gera ambigüidades interpretativas para o acesso das mulheres e dos homens sem cônjuge ou das mulheres e dos homens homossexuais. Finalmente, outro tema consensualmente considerado é a possibilidade de *seleção de sexo*, com o objetivo de evitar certas doenças genéticas. Apesar desses relativos consensos, quatro pontos podem ser considerados essenciais para o debate legislativo, em torno dos quais o acordo é ainda problemático: a elegibilidade para o acesso às técnicas; o número de embriões transferidos por ciclo reprodutivo; a definição da filiação; e o destino dos embriões.²⁵⁰

Visando sistematizar a questão, optou-se por esquematizar os principais temas abordados por meio do quadro abaixo, que apresenta uma visão comparativa entre alguns posicionamentos adotados pelas proposições mais abrangentes.

Questões centrais dos Projetos de Lei				
Projetos	1.184/2003	2.855/1997	1.135/2003	2.061/2003
Destino embriões	Transferência somente a fresco	Autoriza descarte e criopreservação	-	Autoriza a criopreservação
Determinação de filiação	Filiação social, com possibilidade de quebra do sigilo do doador ou da doadora	Filiação social	Filiação social, com possibilidade de quebra do sigilo do doador ou da doadora	Filiação social e sugere o não reconhecimento da identidade biológica
Doação de gametas	Autoriza	Autoriza	Supõe autorização	Autoriza
Elegibilidade	Mulheres ou casais com indicação médica	Mulheres	-	Mulheres ou casais
Gestação de substituição	Proibe	Autoriza vedando a comercialização	-	Autoriza
Redução embrionária	Não autoriza	Não autoriza	-	-

Fonte: Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Outubro de 2008.

²⁵⁰ DINIZ, Débora. Op. cit. p. 7.

5.3.1 Aspectos legislativo-processuais do PL 1.184/2003

Em 25 de maio de 2008, o Relator do PL 1.184/2003²⁵¹, o deputado Colbert Martins, representando a Comissão de Constitucionalidade, Justiça e Cidadania (CCJC), emitiu parecer²⁵² no qual se pronunciou acerca dessas proposições submetidas àquela Comissão. Em síntese, votou pela inconstitucionalidade e rejeição do projeto n. 5.624/05, pela constitucionalidade²⁵³ dos demais projetos e, no mérito, pela *rejeição* de todas as proposições.

Cabe mencionar que em seu primeiro parecer, proferido em maio de 2005, a Comissão havia se manifestado pela *aprovação* do PL 1.184/2003, tendo sido posteriormente dissuadida pela sociedade científica a rejeitá-lo, sob a alegação de que referido projeto apresenta diversos pontos negativos, sendo caracterizado por seu caráter *demasiadamente limitado*.²⁵⁴ Ainda nesse ponto, a influência exercida pelos *experts* pode ser claramente percebida quando da análise das palavras do deputado Manoel Ferreira, um dos membros da CCJC, em seu voto em separado (VTS)²⁵⁵:

Segundo a médica e professora Maria do Carmo Borges de Souza, ginecologista e especialista em Reprodução Assistida, que também é presidente da Comissão especializada de Fertilização Assistida da Federação da Sociedade Brasileira de Obstetrícia e vice-presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida “*o problema dos embriões excedentes sempre vai existir, por que a técnica de Reprodução Assistida não é uma questão matemática, existindo limitações, como idade da paciente, sua saúde, o nível de infertilidade, e estes aspectos pesam na hora da tentativa de fertilização*”. Maria do Carmo chama a atenção para um dado importante: A América Latina está atingindo um recorde no índice de gestações múltiplas. Atualmente a taxa está em 30,7%. No caso de gestação tripla, 6,3%. Esta é uma das complicações do tratamento, já que gera sérios riscos para a mãe e para os bebês.

²⁵¹ Informações referentes ao trâmite da proposição, bem como a íntegra de seu texto estão disponíveis em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275. Acesso em 30 de outubro de 2008.

²⁵² *Parecer* é o documento com o qual uma comissão se pronuncia sobre o projeto em análise. De início, é preciso diferenciar Parecer do relator e Parecer da comissão (art. 126, RI). O parecer do relator tem duas partes: o relatório e o voto. A comissão se reúne, discute e vota esse parecer. Se for aceita, a opinião do relator tornar-se-á a opinião da Comissão resultando no parecer da comissão. Se a Comissão tiver opinião diferente da do relator, será designado outro relator para escrever o Parecer vencedor que retratará o parecer da Comissão, e o parecer do relator será considerado voto em separado (VTS) (art. 57, XIII, RI). Disponível em <http://www2.camara.gov.br/processolegislativo/fluxoPrototipo/conclusiva.html>. Acesso em 31 de outubro de 2008.

²⁵³ Reconheceu, portanto, que a matéria objeto das proposições se encontra salvaguardada, principalmente, pelo artigo 226, §7º, CF, com base no argumento do planejamento familiar, anteriormente mencionado (V. item 3.1.).

²⁵⁴ V. item 4.2.

²⁵⁵ Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343575. Acesso em 30 de outubro de 2008.

Em relação ao PL 5.624 de 2005, o Relator entendeu que a criação de um programa de RHA no âmbito do SUS, a ser desenvolvido por conveniados e estabelecimentos do Ministério da Saúde, atentaria contra a competência privativa do Poder Executivo, e também contra o princípio da independência e harmonia entre os poderes, ao determinar que a lei será regulamentada pelo Executivo, razão pela qual seria inconstitucional.

Fazendo menção ao *estilo normativo* do legislador,²⁵⁶ diz o deputado Colbert que os PL 2.855/97, 4.664/01, 4.665/01, 2.061/03, 1.135/03 e 4.889/05 *não atendem os pressupostos estabelecidos pela Lei Complementar nº 95/98. Uns trazem cláusula revogatória genérica, outros não dizem qual o âmbito de aplicação da lei, outros, ainda, não trazem os números escritos por extenso (mormente quando estabelecem a dosimetria das penas)*. Articula, ainda, que o PL 3.067/08 *traz, ainda, a expressão (NR) em lugar inadequado, além de no art. 1º não dizer o objetivo da lei*. Daí a ausência de *técnica legislativa*.

No que tange à *juridicidade*, a CCJC não vê nos projetos qualquer afronta aos princípios jurídicos informadores do ordenamento jurídico brasileiro, salvo o PL 120/03 que proíbe a geração de direitos sucessórios ao filho. Assim, esta proposição *carece de legitimidade, e, portanto, é injurídica e mesmo inconstitucional. Deste modo não há como aprovar o que pretende este Projeto 120/03 nem o que pretende o de nº 4.686/04, no concernente à sucessão*.

Quanto ao *mérito*, alegou que a matéria objeto dos PL 1.184/03, 2.061/03, 1.135/03, 2.855/97, 4.686/04 não deva ser tratada com as minúcias neles descritas. Nesse caso, diz que *a lei poderia dizer mais do que deveria ou, ao contrário, limitar os avanços científicos e tecnológicos, em detrimento do livre planejamento familiar, de que versa a Constituição Federal*.

Em relação à inserção do dispositivo 1597-A, assim se manifestou:

Como a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, em seu artigo 1.597, já permite a reprodução através da inseminação artificial, cabe aos órgãos competentes do Poder Executivo (ANVISA, Ministério da Saúde, etc.), juntamente com o Conselho Nacional de Medicina, atendidos os princípios éticos e legais que devem nortear todos os seus atos e regras, ditar as regras para que o disposto no Código Civil seja efetivado.

Seu argumento é o de que, se a própria CF já veda todo tipo de discriminações relativas à filiação e direito sucessório, se o Código Civil (art.1626) ao tratar da situação de filho adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo

²⁵⁶ V. item 4.2.

quanto aos impedimentos para o casamento, *o que dizer do filho que nasceu de uma situação consentida dos pais, qual seja, a da inseminação artificial (art. 1597 do CCB)? Teria ele menos direitos do que o adotado?* Continuando, enfatiza ainda que

no caso de inseminação artificial heteróloga (em que o gameta não é fornecido pelo marido), há necessidade imperiosa de que se saiba quem é realmente o doador do sêmen para que se evite, no futuro, o casamento daqueles que são impedidos (art. 1521 do Código Civil). Isto é imperativo, patente, e não carrega obrigatoriedade de que se conste de um novo dispositivo na lei substantiva civil. A ilação que se deduz dos impedimentos para o matrimônio faz presumir que o verdadeiro doador do sêmen seja conhecido para que sejam evitados problemas genéticos e civis no futuro.

Dessa forma, o que pretende, então, o PL 4.686/04 não teria conveniência de ser aprovado.

No que concerne ao PL 3.067, de 2008, para a CCJC o que se pretende *já está sobejamente delineado na própria Lei 11.105/05 em outros dispositivos que não o indigitado pelo PL (art.5º)*. Além do que, a responsabilidade civil objetiva que deseja aplicar às condutas previstas, *somente é passível de ser aplicada em casos específicos, não havendo necessidade de que a lei diga que é ela subjetiva*. Assim, entendeu-se não haver *conveniência, necessidade ou oportunidade para aprovação das propostas, mormente o PL 3.067/08, agora apensado, pois subverte o que já está assentado na Lei 11.105/05*.

Tão somente à título de informação, ressalte-se que, datado de março de 2007, consta o voto em separado (VTS) do deputado Regis de Oliveira, no qual sustenta que a competência da CCJC é a de avaliar tão somente a *constitucionalidade* dos projetos a ela apresentado, sem ater-se a qualquer análise a respeito do merecimento dos projetos, ainda que o Regimento Interno fale em aspecto legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa. Daí porque seu voto diverge daquele exarado pelo deputado Colbert Martins, que opina - *negativamente* - sobre o merecimento dos projetos. Para o deputado Regis, portanto, *os projetos são constitucionais, salvo naquilo que excluem a filiação obtida pelo processo disciplinado da sucessão. No mais, são constitucionais*.

Entretanto, o voto vencedor, isto é, aceito pela Comissão, até o momento é aquele proferido pelo Relator. E, de acordo com o artigo 54, inciso I do RI, quando a CCJC analisa a constitucionalidade e a juridicidade de determinada matéria, ela profere um *parecer terminativo* de admissibilidade em relação àquela proposição. A expressão *terminativo* significa que *se essas comissões julgarem a matéria 'inadmissível' nos quesitos mencionados, o parecer tem o poder de interromper a tramitação desse projeto e arquivá-lo, salvo se*

*houver recurso ao Plenário contra tal parecer.*²⁵⁷ Assim, dentro do processo legislativo, tem-se que a consequência imediata dessa rejeição múltipla será a de determinar o *arquivamento* dessas proposições.

Logo, caso o CCJC acolha o parecer emitido pelo deputado Colbert, a Casa Revisora terá rejeitado todos os projetos de lei mencionados, caso em que serão arquivados, *só podendo ser reapresentados na mesma sessão legislativa (anual), mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).*²⁵⁸

Ora, diante de todo esse desencontro legislativo, entre palavras e intenções, parece correta a colocação do deputado Manoel Ferreira, ao julgar necessário

(...) um melhor aprofundamento das questões complexas que envolvem este tema, incentivando e criando mecanismos para que a sociedade em geral possa opinar, para daí, então, cuidarmos da elaboração e aprovação de uma lei concebida a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência, como a bioética, a medicina, a psicologia, o direito, a genética e a sociologia.²⁵⁹

²⁵⁷ Esse recurso é previsto no Regulamento Interno da Câmara dos Deputados, nos termos de seu artigo 132, §2º: *Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no Diário da Câmara dos Deputados e no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido, de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão do Plenário da Câmara.*

²⁵⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 356.

²⁵⁹ Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275. Acesso em 30 de outubro de 2008.

6 CONCLUSÃO

A procriação sempre foi fenômeno de grande relevância, tanto para a vida do ser humano, individualmente considerado, por ser forma de sua realização pessoal, como para a própria existência da sociedade, por ser forma de garantir a sua perpetuação. Tal é sua importância, que qualquer obstáculo para a sua concretização é configurada como um mal capaz de gerar graves problemas psicológicos ao casal, assim como se dá com a infertilidade e esterilidade. Na busca constante do homem para superar tais problemas, surgem às técnicas de reprodução medicamente assistidas como forma alternativa de substituir a reprodução natural, possibilitando às pessoas gerar filhos quando não podem naturalmente os conceber.

Resultado de avanços no campo da biotecnologia, a Reprodução Humana Assistida (RHA) possibilita que casais inférteis tenham condições de ter um filho, quando submetido a uma de suas técnicas. Apesar de parecer um procedimento simples, a RHA gera inúmeras discussões ético-jurídicas que ainda não possuem respostas concretas. No Brasil, a medicina reprodutiva já se encontra bastante desenvolvida, mas é regulamentada apenas pela Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual apresenta normas éticas para o uso das técnicas de reprodução artificial, sendo apenas um documento de caráter normativo profissional, que não tem força impeditiva. No entanto, vários Projetos de Lei se encontram em trâmite na Câmara ou no Senado e visam regulamentar a utilização das técnicas de RHA

É certo que existem inúmeros dilemas envolvendo os avanços científicos e as questões morais, notadamente nos campos relacionados à vida e à morte. Todavia, é perfeitamente possível a compatibilização e a harmonização entre tais campos do conhecimento humano com base nos valores eleitos pela comunidade para servir de referencial nos intrincados casos que se apresentarem. Assim, o ritmo veloz das descobertas no campo da biotecnologia produz imediatas repercussões sociais que, de todo modo, também recepciona os valores culturais e morais insculpidos no curso da evolução histórica. A atividade científica, como espécie de atividade humana, não pode ser exercida sem o referencial maior em nível teleológico: a pessoa humana.

De tal sorte, ao fim da elaboração do presente trabalho, revelou-se a atualidade e relevância do tema em comento, mostrando-se necessária uma readaptação do direito à nova realidade das técnicas de reprodução artificial, a fim de evitar, ou pelo menos, diminuir ao

máximo, os efeitos danosos do progresso científico e os conseqüentes ataques à dignidade da pessoa humana, determinando-lhe um rumo, sem impedir seu desenvolvimento.

Inicialmente, o modo pelo qual se procurou conciliar a garantia dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos e o acelerado progresso científico, foi a adoção de normas éticas que, por sua vez, deveriam balizar as condutas de todos aqueles envolvidos de alguma forma com a realização de práticas advindas da biotecnologia. Assim, representada pelos princípios da *autonomia*, da *beneficência* (e não-maleficência) e da *justiça*, a Bioética se estabeleceu no início do século XX como uma verdadeira *dogmática paralegal* utilizada pelos Órgãos para-estatais, como os Conselhos de Medicina e Comitês de Ética de hospitais e institutos de pesquisas, para solucionar os conflitos não sanados pelo sistema jurídico, por ausência de previsão legal aplicável aos casos concretos.

Tendo em vista que o Direito, para ser eficaz, deve acompanhar as transformações sociais decorrentes dos avanços tecnológicos, de forma a oferecer soluções aos diversos questionamentos submetidos à tutela judicial, revelou-se premente, àquela época, uma tomada de posição por parte da ciência jurídica. Diante disso, em uma verdadeira relação de coordenação com os princípios bioéticos, surgiu o que se convencionou chamar *Biodireito*, este novo ramo do conhecimento jurídico com seus princípios e normas - ora descritivas, ora limitadoras -, ambicionando regular juridicamente tais desafios científicos. Tinha, por fim, o grande desafio de equilibrar os *valores éticos* e a *necessidade do progresso científico*, não cerceando seus avanços, mas sim fazendo com que os mesmos não atingissem valores socialmente internalizados.

Ressalte-se que o Biodireito não deve ser resultado de decisão unilateral de determinada comunidade particular, baseada nas suas idéias políticas, econômicas, sociais e religiosas. Daí decorre que ele somente pode ser *legitimamente* construído com fundamento no consenso e no estímulo das escolhas pessoais e responsáveis, em um ambiente pluralista, participativo, interdisciplinar e democrático.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, representa a positivação do Biodireito na construção de uma ordem jurídica mundial, a respeito de controvertidos temas biotecnológicos. Assim, tem-se que no plano interno de cada país signatário desse documento internacional, seus princípios e regras jurídicas deverão com ele obrigatoriamente se conformar. No caso brasileiro, além do recurso às declarações universais de direitos humanos, é imperioso o reconhecimento de que vários princípios e regras do Biodireito podem ser apreendidos no próprio texto da Carta de 1998, bem como da

legislação infraconstitucional promulgada a partir de então. Partindo desse arcabouço principiológico tem-se que valores jurídicos como a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade *responsável* e a solidariedade podem ser reputados autênticas pedras angulares da Bioética contemporânea e, de forma concomitante, a estrutura básica do Biodireito.

A dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, valor essencial e princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, dotado, portanto, de força cogente dentro de um sistema aberto, próprio dos regimes democrático-participativos. A Constituição de 1998 prevê o princípio em várias passagens como norma jurídica fundamental a evidenciar a opção da nova ordem jurídica na tutela e promoção da pessoa humana, razão pela qual é também compõe a rede estrutural do Biodireito como elemento princípio basilar e fundamental. O princípio também se reflete no campo da integração e da hermenêutica das normas que compõe a ordem jurídica, além de atuar na área da produção normativa infraconstitucional. No entanto, o que se observa é uma utilização pouco criteriosa do conceito de dignidade, que tem servido, muitas vezes, como *lugar comum*, sem conteúdo material definido, para camuflar crenças pessoais daqueles que se valem do princípio na discussão.

Ao longo desse trabalho, procurou-se demonstrar que o direito à reprodução deve ser reconhecido constitucionalmente como direito fundamental, a partir da consideração dos direitos à vida, à liberdade e à saúde, sendo que, em se verificando a impossibilidade da liberdade procriativa por circunstâncias relativas à esterilidade do casal – ou uma das partes – ou à grande probabilidade de transmissão de doenças hereditárias à prole, incumbe ao Estado fornecer recursos educativos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º da Constituição de 1988.

Nesse contexto, com base nos conceitos legais e doutrinários relativos ao planejamento familiar e suas peculiaridades, é correto afirmar que, atualmente, as técnicas de reprodução assistida se inserem no campo dos *direitos reprodutivos*. Entretanto, esse direito não é absoluto, sendo certo que somente poderá ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, tem-se como essencial: a existência do projeto parental - que abrange não apenas a concepção e o nascimento da criança, mas se estende à educação, ao amparo, à afetividade, à proteção e à completa assistência da futura criança -, sendo indispensável, ainda, a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, ainda que esta ainda não tenha nascido.

Em relação à admissibilidade de pesquisas com embriões obtidos a partir da utilização de TRHA, de especial relevância mostrou-se a demonstração de como a jurisprudência da

Corte Suprema brasileira passou a entender os diversos aspectos envolvidos na problemática. A audiência pública ocorrida em abril de 2007 no Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do dispositivo legal que permite a realização de tais pesquisas (ADI nº. 3.510/DF), representou, em última análise, a confirmação categórica de que, no estágio atual da ciência que estuda a reprodução humana, a implantação do embrião produzido artificialmente no útero da mulher é *conditio sine qua non* ao seu desenvolvimento regular até o conseqüente nascimento de uma vida humana. Logo, não seria razoável conceder a um embrião congelado - e inviável à implantação e desenvolvimento -, o mesmo tratamento dado à pessoa humana viva que necessita de cuidados médicos especiais.

A conclusão do julgamento foi longa, tendo sido necessárias duas sessões para que a Corte, finalmente, por meio da maioria de seus Ministros²⁶⁰, entendesse que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merecia qualquer reparo. Desta feita, nos termos da decisão pela improcedência da ADI, ratificou-se que aquele diploma legal de fato observou os preceitos éticos dos quais trata a Bioética, uma vez que apresenta uma série de condições para o aproveitamento científico das células embrionárias, não havendo que se falar em desrespeito à vida humana e, tampouco, em inconstitucionalidade da permissão legal para a realização de tais pesquisas. Ressalte-se que também o julgamento da ação – em suas duas partes, a primeira em 5 de março, e a segunda, final, em 28 e 29 de maio de 2008 – foi considerado histórico, até mesmo a ponto de o Ministro Celso de Mello reconhecer ter sido, esta, *a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal*.

Com efeito, diante dessa admissibilidade em relação às pesquisas, foi criado um Sistema Nacional de Proteção ao Embrião (SisEmbrio), em 12 de maio último. Essa espécie de banco de dados da Agência de Vigilância Nacional Sanitária (Anvisa) permite conhecer quantos embriões humanos foram produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, propiciando, portanto, saber quantos embriões poderão ser usados para fins de pesquisa e terapia, além de aprimorar o controle sobre as atividades das clínicas de reprodução humana assistida existentes no Brasil.

No campo dos aspectos civis da reprodução medicamente assistida, notadamente no âmbito do Direito de Família, os temas são bastante polêmicos e, em regra, tratados sob forte influência de fatores religiosos e morais, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito,

²⁶⁰ Carlos Ayres Britto (Relator), Ellen Gracie, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello

enquanto não há legislação, solucionar as questões jurídicas com fundamento nas fontes de Direito. Na linha de tal raciocínio, ganham relevo o planejamento familiar, o livre e responsável exercício da liberdade no campo da procriação - sexual ou assistida - e a prioridade absoluta e integral dos melhores interesses das crianças e adolescentes.

Vivencia-se atualmente uma sensível e significativa reformulação da estrutura, noção e função da família contemporânea. O modelo tradicional, oitocentista, se mostrou insuficiente e inadequado à realidade social. Há a constatação, e o conseqüente reconhecimento jurídico, de que a sociedade do século XXI é *plural* e, desse modo, não comporta adstrição a formatos distantes da realidade da vida e das pessoas. Daí a própria noção de *dignidade da pessoa humana* na vertente individual, no sentido de afirmar que cada pessoa é única e, portanto, diferente das outras.

Nesse contexto, a discussão envolvendo o direito dos homossexuais e mulheres solteiras à procriação assistida deixa transparecer o posicionamento que vem sendo adotada pelos tribunais de todo o país, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer nessas estruturas sociais verdadeiras entidades familiares, dignas, portanto, da proteção assegurada constitucionalmente às famílias tradicionalmente constituídas, nos moldes do artigo 226 da Carta de 1988. Representa, pois, um avanço em perfeita comunhão com a tendência observada no campo do direito de família e do reconhecimento de vínculos de parentesco, qual seja a valorização do fator afetivo em detrimento da verdade biológica.

No período histórico anterior às descobertas das técnicas conceptivas, o fato gerador mais freqüente no estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação era a conjunção carnal somente possível entre um homem e uma mulher que resultasse em gravidez e posterior nascimento do filho. A partir do momento em que o assunto deixa de pertencer exclusivamente à esfera mais privada em relação às pessoas, a responsabilidade jurídica que se constitui com o planejamento familiar fez com que a *vontade* recebesse papel destacado no campo do estabelecimento da filiação.

Lembre-se, nesse sentido, que o Código Civil ampliou as hipóteses de presunção de paternidade, prevista no artigo 1.597, para abarcar a filiação artificial. O inciso V do referido dispositivo, inaugura uma nova forma de constituição do vínculo jurídico de filiação, ao lado do reconhecimento automático, voluntário ou forçado, qual seja, o consentimento ou autorização prévia fazendo incidir a presunção de paternidade àquele que não é o pai biológico. Rompe-se, assim, com o tradicional sistema de estabelecimento da paternidade, que sempre teve como base o fator biológico, no qual se buscava fazer coincidir o pai jurídico

com o genético; e consolida-se a tendência moderna da família contemporânea de valorização do elemento afetivo para completa e efetiva relação entre pai, mãe e filho.

Vive-se, pois, o resgate da *afetividade* nas relações humanas, especialmente no âmbito do Direito de Família, diante da priorização de elementos subjetivos em detrimento de outros de índole objetiva. O sistema de estabelecimento de vínculos jurídico-familiares passou a considerar a *autonomia da vontade* e a *responsabilidade parental* como elementos indispensáveis, tornando irrelevante, em determinadas situações, a consangüinidade. Destarte, pode-se dizer que a verdade jurídica encontra-se funcionalizada em razão dos melhores interesses dos filhos e, assim, se não vier acompanhada da verdade afetiva, deverá ser desconsiderada.

Por oportuno, revelou-se imperioso ressaltar que, de fato, existe uma profunda distinção entre o estado de filiação e a origem genética, especialmente quando se projeta cada um desses conceitos na esfera do direito sucessório, envolvendo aspectos que dizem respeito às ações de estado e também à legitimidade para propô-las. Tem-se que no caso de reprodução assistida heteróloga consentida pelo marido, inserida no projeto parental do casal, a presunção de paternidade é absoluta, obstando qualquer tentativa de negação ou contestação da paternidade, já que o pressuposto principal é a vontade manifestada anteriormente aliada à situação jurídica matrimonial que existia à época da concepção. Assim, no sistema atual do direito brasileiro, deve-se considerar presunção absoluta de paternidade do marido sobre a criança fruto de procriação artificial consentida por ele, bem como restringir à criança gerada por meio das TRHA na modalidade heteróloga, o direito ao conhecimento de sua origem genética, sendo-lhe vedado, contudo, o reconhecimento de vínculos *filiativos* com o doador do material genético para fins de direitos sucessórios.

No que tange ao futuro legislativo do ordenamento pátrio em relação à regulamentação da RHA, verifica-se que os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional não apresentam uniformidade acerca de questões nodais envolvendo as TRHA, tais como requisitos e critérios para o seu uso e aplicação, a limitação técnica dos procedimentos e implicações jurídico-civis, especialmente em relação ao direito de família e à responsabilidade civil. Foi possível perceber que, apesar das iniciativas legislativas noticiadas neste trabalho, ainda, há muito trabalho a ser feito, devendo os debates, obrigatoriamente, envolver a sociedade civil, as comunidades morais, religiosas, científicas e acadêmicas nos diversos setores e, especialmente, as *peças humanas*, principais interessadas e destinatárias das normas jurídicas em *lege ferenda*. Somente após a realização de debates e discussões

envolvendo todas as entidades e as pessoas interessadas nos temas, é que se alcançará uma normatização transparente, clara e consensual – sempre obediente, repise-se, aos valores e princípios que fundamentam a ordem jurídica brasileira, entre elas a dignidade da pessoa humana, o solidarismo, o personalismo, o pluralismo, a justiça social, e a especial proteção estatal às entidades familiares.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins, Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram. **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar. 2006.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. Síntese. IBDFAM, v. 7, n. 30, jun./jul. 2005.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. **Consideração sobre o congelamento de embriões**. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Juridificar La Bioética*. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y derecho: fundamentos y problema actuales**. México: ITAM 1999, p. 65.

BALDA, José Antonio Ruiz, *Aspectos científicos de la fecundación in vitro*, in Javier Gafó (Ed.), **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito ao corpo e doação de gamentas**. In: RIOS, André Rangel *et al*, **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de P. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H.H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Brasília: Editora UnB, 1996.

BRASIL. **Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ)**. Disponível em <http://www.alerj.rj.gov.br>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. **Câmara Legislativa do Distrito Federal**. Disponível em <http://www.cl.df.gov.br/>. Acesso em 09 de novembro de 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 1.328, de 19 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 5.591 de 22 de novembro 2005**. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição. Artigo 3º, incisos XII, XIII e XIV. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 11.105 de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm. Acesso em 30 de outubro de 2008.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal** (STF). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** (TJRS). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003.

Clínica Dr. Marcelo Faria, Reprodução humana. Disponível em www.clinicadrmarcelofaria.com.br/reprodução.htm. Acesso em 18 de outubro de 2008.

Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih. **Tratamentos: histórico, ICSI passo a passo, indicações, técnica de ICSI**, disponível em http://www.abdelmassih.com.br/tr_icsi01.php. Acesso em 18 de outubro de 2008.

CLOTET Joaquim. **Ciência e Ética: onde estão os Limites?** n. 10. Porto Alegre: Episteme, 2000.

CONTI, Matilde Carone Slaibe. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade - o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Jornal brasileiro de reprodução assistida**, vol. 7. n. 3. novembro/dezembro 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

ESPAÑA, Jefatura Del Estado. Lei 14/2007 de Investigación biomédica, de 04 de julho de 2007. Disponível em http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12945. Acesso em 17 de outubro de 2008.

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

HEVERALDO, Galvão. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. Introdução: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 200.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Dolly: primeiro mamífero clonado**. Bioética e Ética na Ciência, 16/02/2003. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/dollyca.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2008.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade, **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, abr./jun. 2005.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

KRUKOWSKI, Konstantin. A pesquisa com células-tronco embrionárias no direito alemão. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 2, julho 2008.

LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antônio Macena de (Coord.). **Temas de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

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

LEITE, Leonardo. **Fertilização “in vitro”**. Disponível em www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm Acesso em: 18 de outubro de 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”, Brasília: R. CEJ, n. 27, out./dez. 2004.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (org). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A questão jurídica das pesquisas com células embrionárias. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 1, maio 2008.

MORAN, Luis González, *Aspectos jurídicos de la procreación asistida*. In: Javier Gafo (Ed.), **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1998.

NETO, Francisco Vieira Lima. A maternidade de substituição e contrato de gestação por outrem. In: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; JUNIOR, Edson Borges. Reprodução assistida: até onde podemos chegar? **Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução humana assistida**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

REALE, Miguel, **O projeto do Código Civil**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIFKIN, Jeremy. **O Século da Biotecnologia**: a valorização dos genes e a reconstrução do Mundo. São Paulo: Makron Books.

RIOS, André Rangel. Filosofia e biotecnologia. In: RIOS, André Rangel *et al.* **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; FRANÇA, Gabriel Valladão; MARTINS, Flávio Alves. **A origem da vida e seus impactos jurídico-sociais**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, nº. 45, ano X, 30/09/2007. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2238. Acesso em 07 de novembro de 2008.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a la reproducción human**. Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol.212, 1998.

TOGNOTTI, Elvio *et al.* Técnicas de reprodução assistida de baixa complexidade. In: JUNIOR, Edson Borges (org.), **Consenso brasileiro em indução da ovulação**. São Paulo: BG Cultural, 2000. v. 1, p. 3.

WARNOCK, M. *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology*. Department of Health and Social Security, July, 1984.

WILDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.