

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM FACE AO BIODIREITO E SUA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

MARCELLA FRANCO MALUF IDALÓ*

marcellaidalo@gmail.com

RESUMO

Como a sociedade científica, em suas descobertas, está caminhando a passos largos, adveio a necessidade da criação de regras jurídicas disciplinadoras das condutas dos profissionais da área da saúde e até regulamentação no que tange à licitude do prosseguimento das pesquisas científicas, impondo o limite necessário para se manter a dignidade do homem, pois não é recente a preocupação da humanidade com a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento científico com o respeito aos direitos humanos e demais princípios norteadores da vida.

O conhecimento deve servir e sempre estar a serviço da humanidade e da ciência, sem maiores contestações, contribuindo muito para que a vida humana seja mais próspera, porém, o limite desta deve ser estabelecido no momento em que a possibilidade da aplicação científica fira o que for moral e juridicamente admissível. As manipulações ligadas às técnicas da reprodução assistida suscitam ampla discussão de ordens diversas e as polêmicas em torno do uso da reprodução assistida são, predominantemente, de caráter ético e bioético. A grande preocupação em torno desse problema é o perigo de “coisificar” o ser humano e viabilizar pesquisas pouco controláveis - por isso urge que a legislação alcance o progresso social científico, respeitando, acima de tudo, a vida que é o bem maior e merece toda atenção, quando houver conflitos.

Palavras-chave: Reprodução Assistida; Princípio da Dignidade Humana; Bioética; Biodireito e Hermenêutica Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre as relações entre a ciência da vida e o chamado direito de quarta geração, um novo ramo do direito conhecido no bojo doutrinário como Biodireito e que está estritamente ligado à Bioética.

* Professora do Centro Universitário do Planalto de Araxá - UNIARAXÁ. Especialista em Direito Processual Civil, Penal e Trabalhista e em Direito Público pelo UNIARAXÁ e Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP-Mato Grosso do Sul.

Em linhas gerais, essa pesquisa visa apontar os desafios bioéticos presentes na sociedade contemporânea e os conflitos jurídicos trazidos pelo avanço das biotecnologias, especialmente as voltadas para utilização das técnicas de reprodução assistida, bem como as implicações da utilização mediata desse progresso científico.

Tudo isso será analisado sob o enfoque da hermenêutica dos princípios constitucionais que estão diretamente ligados aos novos temas englobados pela microbiótica.

Por exemplo, a utilização das técnicas da reprodução artificial trazem reflexos constitucionais relevantes, porque, concomitantemente, levanta questões éticas e jurídicas, como a interferência do ser humano na reprodução natural, o congelamento de embriões, entretanto por outro lado, ajuda na criação da vida e na constituição da família.

O enfoque às ciências médicas estará conectado com o objetivo maior da medicina, qual seja, a prevenção dos males e a melhoria dos padrões de saúde e da qualidade de vida dos homens.

Por outro lado, sob esse pretexto, tudo que é tecnologicamente novo está sendo imediatamente trazido ao mundo sem sequer haver uma *vacatio* entre o descobrimento do “novo” e a sua aplicação, verificando-se, portanto, a instrumentalização da vida, fundamentada nos possíveis benefícios futuros.

Dessa forma, em razão do crescente e inevitável progresso científico, ainda que em prol da própria sociedade, insta estabelecer um limite em que o progresso do conhecimento especializado não coloque em risco a própria espécie humana, pois o grande dano de se produzir novidades sem limites consiste na possibilidade de se violar os valores humanos fundamentais.

Em face disso, é que se busca o equilíbrio entre as ciências médicas e as ciências humanas. Esse “limite” encontra-se na própria interdisciplinaridade dessas ciências fundamentada nos preceitos da Constituição Federal, especificamente no princípio da dignidade humana e no fundamento da inviolabilidade do direito à vida.

Fundamentalmente há o receio do descontrole (a questão dos limites) – sobretudo ético – lesando a pessoa em sua individualidade e dignidade sagradas – *res sacra homo* -, não a exagerando (ainda que microscopicamente enquanto célula) como sujeito, mas apenas como objeto, o que exteriorizaria realmente a sua coisificação ou retificação¹

¹ COAN, Emerson. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços seminióticos para uma

1 BIOÉTICA E BIODIREITO, UMA NECESSIDADE EMERGENTE

A atual sociedade, além de ser altamente dependente da ciência e da tecnologia, fascina-se com os prodígios realizados por ela.

Atualmente, é aceitável a ideia propagada pela mídia televisiva e virtual de que se vive em um mundo globalizado, interligado, preocupado com o desenvolvimento tecnológico, com os avanços da medicina, da ciência, enfim, todo esse aglomerado que à primeira vista parece interessante, afinal a máxima da existência humana é a evolução.

Porém, por trás de todo desenvolvimento, em especial o biocientífico, antecedem-se anos de pesquisas e testes. Ocorre que para cada área específica há um objeto direcionado, no caso dos desenvolvimentos biocientíficos o objeto é a própria espécie humana².

Em virtude do inevitável desenvolvimento científico, fez-se necessário impor alguns limites para esses anseios, que resultou no surgimento da bioética.

Historicamente, os impactos dos experimentos científicos e da aceleração do desenvolvimento tecnológico não são recentes, principalmente na seara médica, onde não só encontramos os escritos de Hipócrates como vários documentos alusivos a preocupações éticas no exercício daquela função.

O exemplo clássico, anterior a própria existência da bioética, é o Código de Nuremberg³, de 1947, que estabeleceu uma série de princípios que regulassem as experimentações científicas em seres humanos. Dentre os princípios está o do *consentimento voluntário do paciente*, que atualmente trata-se de um importante princípio bioético a ser analisado. Em 1964, a Organização Mundial de Saúde (OMS) revisou o aludido código, que deu origem à Declaração de Helsinque, a qual teve forte influência na formulação de legislações, nacionais e internacionais,

hermenêutica constitucional fundamental nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. p. 248 in: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

² O primeiro experimento da vacina anti-rábica produzida por Louis Pasteur foi em um rapaz que sobrevivera ao teste. LOLAS, Fernando. **Bioética, o que é, como faz**. São Paulo: Loyola, 2001. p 19-20.

³ O Código de Nuremberg foi elaborado após a segunda guerra mundial (1945 – 1946), em virtude das atrozidades praticadas pelos médicos nazistas em experiências com seres humanos, nos campos de concentração em Auschwitz. Há relatos de que os médicos inoculavam propositalmente vírus e bactérias, como a sífilis, tifo, células cancerosas e outras, apenas para satisfazer curiosidades científicas.

e códigos de condutas que visam fixar diretrizes éticas para profissionais envolvidos na pesquisa bioética⁴.

Com certeza, pode se afirmar que antes de ter um conceito sólido, a bioética foi surgindo gradativamente e paralela às descobertas médicas, principalmente as transgressões dos limites e de possibilidades fatídicas de aplicação da ciência na humanidade.

Em 1961, o médico Scribner havia desenvolvido o processo da hemodiálise. Ocorre que com o passar do tempo a demanda foi maior do que a capacidade de atendimento, fato que culminou na formação de um comitê ético, em 1962, em Seattle, Washington, composto por cidadãos leigos na prática médica, cuja principal função era decidir quem seria beneficiado ou não com o tratamento. Outro exemplo foi com o primeiro transplante de coração realizado pelo cirurgião Christian Barnard, na África do Sul, que provocou intensos e intermináveis debates sobre o conceito de morte, pois para a realização de transplantes, o doador, nesses casos, deve estar civilmente morto e fisiologicamente com os organismos vivos.

Como visto, há na literatura médica vários casos em que houve conflito entre o desenvolvimento *versus* dignidade humana, razão que propiciou a gênese da bioética.

O termo foi empregado pela primeira vez pelo norte-americano Van Rensselder Potter⁵, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, e foi tratada como a “ciência da sobrevivência”, ou seja, a bioética era uma disciplina ligada às ciências biológicas que permitiria a participação do homem na evolução biológica a fim de garantir sua qualidade de vida. Para ele, a bioética se resumia em desenvolver uma ética onde haveria interação das relações vitais dos seres humanos entre si e deles com o ecossistema. Seu entendimento consistiu no seguinte:

O objetivo desta disciplina, como eu vejo, seria ajudar a humanidade em direção a uma participação racional, mas cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural (...). Escolho “bio” para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas viventes, e “ética” para representar o conhecimento dos sistemas de valores humanos.⁶

⁴ O reflexo da declaração de Helsinque no Brasil é a resolução nº 1/98, atualmente nº 196, elaborada pelo Conselho Nacional de Saúde, que tem como fim fornecer orientações normativas para a boa conduta ética e de segurança a serem observadas nas pesquisas em saúde, envolvendo seres humanos, além de incorporar os princípios bioéticos.

⁵ Biólogo da Universidade de Wiscosin, Medison.

⁶ Apud SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito, uma**

Porém, desde a criação do *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*⁷, o termo vem sendo compreendido e aplicado com outro entendimento, ou seja, bioética é a ética da ciência da vida, esse conceito foi sedimentado pela publicação da obra *The principles of bioethics*, escrita por Beauchamp e Childress, em 1979.

Atualmente, o termo é empregado adequando-o ao pluralismo ético que se vive, qual seja, “é o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado com a saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”⁸.

Fernando Lolas define a bioética como “uma tentativa de alcançar procedimentos seculares consensuais para formular, analisar e, quem sabe, atenuar os dilemas que a pesquisa médica e biológica moderna suscita”⁹.

Com essa definição o referido autor propõe o diálogo como o meio de se alcançar o consenso almejado por todos envolvidos nessa questão.

Nesse contexto, é oportuno ressaltar que, para fins didáticos, atualmente, encontra-se nas doutrinas uma divisão binária referente aos temas bioéticos, especialmente, àqueles ligados à evolução tecno-científica. Essa divisão consiste na “microbioética” e na “macrobioética”. André Marcelo M. Soares conceitua a microbioética como um diálogo bioético que “(...) tratam dos limites que o bem comum pode impor ao uso da liberdade individual num caso clínico”¹⁰. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz em sua obra “O estado atual do biodireito” apresenta essa divisão e, define a microbioética como sendo a bioética que “cuida das relações entre o médico e o paciente, instituições de saúde públicas ou privadas e entre as instituições e profissionais de saúde”¹¹.

Em ambos conceitos fica explícito que na microbioética os assuntos envolvidos são aqueles em que o ser humano é, seja de forma direta ou indireta, o núcleo da problematização, tendo em vista as questões ético-jurídicas que a própria essência dos temas bioéticos propõe. Como exemplo, a microbioética engloba

introdução. São Paulo: Loyola, 2002. p 17.

⁷ O instituto mencionado foi fundado em 1971 por André Hellegers, obstetra holandês, fisiologista fetal e demográfico, na Universidade de Georgetown, Washington, EUA.

⁸ Esse conceito advém da definição proposta na **Encyclopedia of bioethics**, publicada em 1978, com a seguinte redação: “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada a luz dos valores e princípios morais”.

⁹ Bioética. **O que é, como se faz.** p.10

¹⁰ SOARES, André Marcelo M. **Bioética e Biodireito uma introdução.** São Paulo: Loyola e São Camilo, 2002. p. 45/46.

¹¹ Op. cit., p. 12.

temas pertinentes aos direitos do nascituro e do embrião, as tecnologias aplicadas na fertilização *in vitro*, projeto genoma, a eutanásia, a doação de órgãos e etc.

2 A PROBLEMÁTICA DAS IMPRECISÕES CONCEITUAIS

Não é raro encontrar entre os vários autores que tratam desse tema a proposta de que a bioética deve ter como sua máxima o diálogo¹².

Tendo em vista que a bioética abarca temas polêmicos, muitos sem soluções pacíficas, de ordem clínica e biotecnológica é comum deparar com as imprecisões conceituais. Há imprecisão conceitual porque a bioética abriga a interdisciplinaridade, ou seja, todas as disciplinas possuem a mesma contribuição, importância e valoração conceitual nos debates que abrangem esse tema. Portanto, todas as vezes que houver unilateralidade nas posturas conceituais, inércia dos órgãos competentes para apreciar determinada matéria, desconhecimento do fato e ausência de profissionalidade deparar-se-á com a possibilidade do surgimento de imprecisões conceituais.

A título de exemplo, há no tema em apresentação, um caso explícito de imprecisão conceitual referente à pessoa, ou seja, há uma grande problemática em torno do conceito de “o que é a pessoa”.

Especificamente nesse caso, a imprecisão conceitual decorre do excesso de conceitos referentes à pessoa, em razão da própria interdisciplinaridade da bioética. Atualmente, há cinco conceituações que por ora são relevantes. Note-se.

Existe conceito de pessoa advinda da Igreja, através do magistério teológico da igreja católica romana, da ciência, do pensamento filosófico neokantiano, do comitê consultivo nacional de ética da França e do comitê de ética da sociedade americana de fertilidade e, por fim, o conceito normatizado no código civil.

Em suma, os conceitos não devem procrastinar o desenvolvimento da bioética, não devem permitir a estagnação do processo evolutivo, pois reza a ética, em *lato sensu*, que o diálogo interdisciplinar deve existir para dirimir os conflitos morais e criar requisitos para análise dos valores envolvidos nas questões biotecnológicas.

¹²“Diálogo” é um termo técnico utilizado dentro do campo da bioética como uma expressão que retrata a integração das discussões que envolvem a temática da bioética.

3 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS: O PARADIGMA ESSENCIAL DESSA CIÊNCIA

O paradigma bioético é essencialmente principialista, ou seja, fundamentado em princípios norteadores. Entretanto, atualmente encontram-se outras vertentes como por exemplo naturalismo, contratualismo e personalismo. Existem quatro princípios fundamentais na bioética. Dois deles de caráter deontológicos, não maleficência e justiça, e dois de caráter teleológico, beneficência e autonomia, os quais, sem embargos, devem estar em evidência quando se pretende discutir assuntos pertinentes à vida e à saúde dos seres vivos.

O Princípio da Autonomia diz respeito à liberdade individual, desde que preservada a troca de informações, vez que esse princípio é intrínseco ao livre consentimento informado do paciente. Por isso, requer do profissional da saúde completa informação acerca de possíveis tratamentos, cura, efeitos colaterais e etc., além de respeitar a vontade do paciente, ou de seu representante¹³, ponderando seus valores morais e crenças religiosas. Nesse princípio, salvaguarda o respeito e o direito à intimidade da pessoa e a preservar o domínio que o paciente tem sobre sua própria vida.

O Princípio da Beneficência, fundamentado na tradição hipocrática de que o profissional da saúde só pode usar tratamento para o bem do enfermo, desse princípio espera-se que a conduta do profissional não cause danos, que os possíveis riscos sejam minimizados e que maximize os benefícios almejados. Em suma, deve-se ponderar o binômio risco /benefício, tanto os presentes quanto os potenciais, individuais ou coletivos, evidenciando o máximo de benefício e o mínimo de danos e riscos.

O Princípio da Não Maleficência trata-se de uma extensão do princípio anterior, uma vez que o agente da saúde tem a obrigação de não acarretar dano intencional. Por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere* (primeiro não causar dano) este princípio é a garantia de que danos previsíveis podem ser evitados.

O Princípio da Justiça, expressão da justiça distributiva a qual requer a imparcialidade das práticas médicas, ou seja, todos os pacientes deverão ser tratados igualmente, essa atribuição revela-se pela equidade.

Fica evidente, diante da análise em foco, que “bioética” não é uma mera

¹³ Nos casos em que o paciente não está apto para decidir por si mesmo qualquer tipo de procedimento médico ou científico, esse deve ser realizado pelo responsável, nos casos de tutelados e curatelados, ou por quem exercer o pátrio poder. Em última instância, pode ingressar com ação judicial, na qual o juízo decidirá o que será melhor para o interesse do incapaz.

formulação conceitual, visto que os limites mencionados nesses princípios devem servir como parâmetros nas investigações e como diretrizes bioéticas.

No Brasil, a conduta ético-jurídica dos profissionais da área da saúde está regulamentada pela resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 196/96, onde se estabeleceram diretrizes e normas regulamentadoras para pesquisas em seres humanos.

De tudo isso, extrai-se uma conclusão bastante lógica, qual seja, uma conquista técnica relevante para a Humanidade acarreta problemas que a própria técnica é incapaz de solucionar, transmutando-se em problemas humanos. Como consequência disso, surge o conflito jurídico, vez que o compromisso social do Direito e das áreas biocientíficas é ponto pacífico, emergindo o grande questionamento sobre até onde esse compromisso é alcançável.

4 BIODIREITO

O Biodireito, *a priori*, surgiu em razão do descompasso da evolução das normas jurídicas em face do acelerado desenvolvimento científico. Trouxe para os dias atuais grandes problemas que englobam a medicina, a ética, as relações sociais e o Direito.

Como a sociedade científica, em suas descobertas, está caminhando a passos largos, adveio a necessidade da criação de regras jurídicas disciplinadoras das condutas dos profissionais da área da saúde e até regulamentação no que tange à licitude do prosseguimento das pesquisas científicas, impondo o limite necessário para se manter a dignidade do homem.

Esta expressão, Biodireito, há pouco tempo foi introduzida na seara jurídica brasileira,¹⁴ porém, sua terminologia, bem como sua aplicação, está longe de ser pacífica em razão de alguns autores ainda não tratá-la como disciplina, mas apenas como mais uma expressão informal.

O Biodireito nasceu no momento em que houve a positivação e a incorporação ao ordenamento jurídico de regulamentações para a investigação científica e procedimentos terapêuticos. Também foi causa para o surgimento do biodireito a publicação de alguns trabalhos¹⁵, pioneiros, que no seu corpo narrativo adotaram essa terminologia, substituindo-a pela anteriormente usada, a bioética.

¹⁴ Em Portugal é conhecida como Direito Biomédico; No Uruguai como Derecho Biotecnológico e na Argentina como Bioderecho. Biodireito. p.33.

¹⁵ Op. cit., p. 33.

É evidente que os fundamentos bioéticos não foram esquecidos, ou tiveram diminuída sua importância. Ocorre que em virtude da necessidade de incorporar as normas jurídicas ao espaço biocientífico, ocorreu uma cisão conceitual, que em curtas linhas é bem explicada por Elida Seguí: “A bioética, quando sai do campo axiológico e é positivada no ordenamento jurídico, transmuda-se em Biodireito”¹⁶.

Como ciência nova que é, já enfoca temas inovadores advindos dos fundamentos bioéticos, e visa regulamentar os aspectos polêmicos, pré-existentes, que ainda encontram-se na penumbra legislativa.

Dessa forma, a elaboração de um ato normativo pertinente às questões bioéticas, seria disciplinada pelas ciências jurídicas, e regulamentaria as relações entre a intervenção científica numa determinada classe social, isto é, o Biodireito disciplinaria as relações do médico ou cientista com seu paciente, com a família e com a própria instituição.

Portanto, conclui-se que o objeto legal do Biodireito inclina para os fatos em que a vida estiver sendo o centro do interesse sócio-jurídico, como por exemplo, a questão dos embriões excendéticos provenientes da reprodução assistida. É importante ressaltar que por “vida” compreende-se desde o momento de seu início¹⁷ até a morte física.

Sendo assim, é de extrema relevância a aproximação do Direito com a bioética, através da interferência estatal a fim de estabelecer limites às condutas científicas.

A bioética é fundada nas dimensões de condutas morais e de princípios éticos, enquanto o biodireito, como pretensa norma jurídica, impõe-se pela capacidade coercitiva, daí decorre a necessidade de sua implementação e aplicação de seus preceitos coercitivos.

5 OS DIREITOS HUMANOS E O BIODIREITO

Não é recente a preocupação da humanidade com a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento científico com o respeito aos direitos humanos.

Em hipótese alguma o indivíduo poderá ser disponibilizado como mercadoria por sua predisposição genética, sendo identificado apenas como um conjunto de órgãos ou tecidos, por isso é de relevante importância que o enfermo ou o

¹⁶Op. cit., p. 33.

¹⁷Quanto a questão discutida sobre em que momento se inicia a vida será discutida no momento adequado.

paciente não seja transformado apenas em sua doença, excluindo a sua identidade em nome do avanço científico.

Atualmente, o Biodireito é tão importante, pois o caráter de interdisciplinaridade faz com que as modalidades biocientíficas sejam pensadas e resolvidas partindo dos princípios de Direitos Humanos e de Direitos de Personalidade, apontado para o advento do antropocentrismo jurídico e de repersonalização do Direito.

Maria Helena Diniz, sinteticamente, define com precisão o paradigma constitucional: “para a bioética e o Biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade”.¹⁸

O conhecimento deve servir e sempre estar a serviço da humanidade. A ciência, sem maiores contestações, contribui muito para que a vida humana seja mais próspera, porém, o limite da ciência deve ser estabelecido no momento em que a possibilidade da aplicação científica fira o que for moral e juridicamente admissível. Nesse contexto, as palavras de *Albert Einstein retrata* o atual conflito existente entre o progresso científico e os seres humanos: “devemos ter o cuidado de não fazer o intelecto nosso deus; ele sem dúvidas tem músculos fortes, mas nenhuma personalidade. Não é capaz de conduzir. Pode apenas servir. O intelecto tem um olhar aguçado para os métodos e ferramentas, mas é cego quanto aos fins e valores”.¹⁹

6 OS BENEFÍCIOS E AS CONSEQUÊNCIAS PROVENIENTES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As manipulações ligadas às técnicas da reprodução assistida suscitam ampla discussão de ordens diversas, e implicam em problemas ecléticos que para uma possível solução ensejam o trabalho de pesquisas éticas, médicas, sociais e principalmente normativas.

As polêmicas em torno do uso da reprodução assistida são, predominantemente, de caráter ético e bioético.

Diz-se que é um problema de ordem ética em razão de questões como, por exemplo, a formação de famílias, a inserção social da criança, a escolha na sexualidade, enquanto que em caráter bioético as preocupações estão voltadas para problemas como a exposição e disponibilização de embriões e gametas humanos

¹⁸ Op. cit., p 18.

¹⁹ *Apud* A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica. p. 205. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT,2001. p. 205.

em laboratórios, ou seja, fora do corpo humano e, conseqüentemente, à mercê das especulações biocientíficas, e também a possibilidade de materiais orgânicos criogenados serem objeto de intervenções médicas e/ou científicas. Igualmente, surge o problema do anonimato do doador do material genético reprodutivo, a elegibilidade para o tratamento, isto é, quem pode ou deve ser beneficiado com as técnicas da reprodução assistida – casais, solteiros, homossexuais – .

A grande preocupação em torno desse problema é o perigo de “coisificar” o ser humano e viabilizar pesquisas pouco controláveis. É por isso que a problemática em torno da expansão da reprodução assistida é tratada e aceita como questões bioéticas, uma vez que insurgem problemas de redefinições de conceitos e normatizações de condutas, enfocando o Biodireito.

7 ASPECTOS DO SURGIMENTO DAS COMISSÕES DE BIOÉTICA APLICADAS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Um dos documentos mais importantes que retrata o advento histórico das formações de comitês e comissão de bioética voltada para as práticas da reprodução assistida é o *Warnock Report*²⁰. Trata-se de um documento correspondente ao trabalho de comissão formada por um grupo de médicos, advogados, teólogos e cientistas sociais, que foi instalada pelo governo Inglês para examinar as implicações éticas da reprodução assistida, em meados de 1985.

Alguns pontos de grande importância advindos dessa comissão refletem até mesmo na estrutura normativa brasileira, havendo, contudo certas divergências, porém a maior parte das ideias foram incorporadas ao ordenamento jurídico.

A grande preocupação do *Warnock Report* consistia em estabelecer “limites e barreiras” que não poderiam ser ultrapassadas em virtude de autorização legal. Com isso, estabeleceu-se quando e em que extensões podem ser usados embriões mediante decisão legal²¹.

Com relação às técnicas utilizadas para realizar a reprodução assistida, todas são aceitas, exceto a “barriga de aluguel” (ou útero de aluguel, ou mãe de substituição), segundo o estabelecido no *Warnock Report*.

No Brasil, o documento oficial elaborado especificamente sobre as questões que envolvem a reprodução assistida, até 1999, foi a Resolução Normativa

²⁰ Apud: CORRÊA, Marilena Vellela. **Novas Tecnologias reprodutivas. Limites da biologia ou biologia sem limites?**

²¹ Op. cit., p. 209.

do Conselho Federal de Medicina, em 1992, que reafirmou os princípios gerais da inviolabilidade e da não comercialização do corpo humano. Exige a gratuidade na doação de material reprodutivo e, ainda, que a doação seja realizada no anonimato, respeitando o sigilo médico, além disso, estabelece a necessidade de aplicação do consentimento informado para quem for participar dos programas da fertilização *in vitro*, estabelece regras para diminuir a possibilidade de incesto inadvertido, e delimita em 14 dias o tempo máximo de desenvolvimento de um embrião fora do corpo de uma mulher.

Atualmente, a discussão bioética a respeito das práticas reprodutivas tem logrado evolução, especialmente nos últimos três anos, com a vigência de dois instrumentos normatizadores, ou seja, a lei de Biotecnologia, nº 8.974/95²², a Resolução do Conselho Nacional de Saúde, nº 196/96 e a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

8 ASPECTOS GERAIS SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS VOLTADAS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução humana assistida consiste basicamente num conjunto de atos que une, artificialmente, o gameta feminino com o gameta masculino para originar um novo ser humano.

Essa técnica de reprodução, que visa solucionar os problemas de infertilidade ou hipofertilidade, é utilizada quando outros métodos, naturais ou terapêuticos, já foram realizados sem sucesso.

Antes de propriamente adentrar nas questões ético-jurídicas relativas à utilização das técnicas da reprodução assistida e suas consequências, é importante demonstrar, sinteticamente, os métodos que, atualmente, são utilizados para a realização dessa técnica conceptiva.

8.1 Inseminação artificial

A prática da reprodução artificial, inicialmente, foi desenvolvida para atender os problemas de casais, heterossexuais, que por razões como esterilidade, deficiência na ejaculação (hipospadia), malformação congênita, pseudo-hermafro-

²² Entre outros assuntos de grande importância para o estudo dessa pesquisa, o art. 13 da referida lei define como crime a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem material biológico disponível.

ditismo, escassez de espermatozoides, obstrução no colo uterino, doenças hereditárias e etc., não conseguiam realizar a fecundação naturalmente, ou seja, através da relação sexual. No Brasil, a reprodução assistida é permitida e regulamentada pela Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual estabelece condutas a serem seguidas para sua utilização.

Atualmente, a ciência dispõe das seguintes modalidades de inseminação:

A homóloga, que “trata-se de uma transferência de sêmen através do aparelho genital feminino, realizada pelo médico, que substitui a relação sexual como meio de fecundação. O sêmen pode ser depositado na vagina, no colo do útero ou dentro do útero”.²³ Nesse tipo de reprodução assistida a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher e o sêmen utilizado é do marido ou companheiro.

Com relação aos possíveis questionamentos éticos e jurídicos, é possível antecipar o seguinte, que sob o ponto de vista ético e moral, a utilização dessa técnica não traz grandes polêmicas, porque o material genético utilizado para futura concepção é proveniente dos legítimos genitores. Dessa forma, o filho possuirá carga genética idêntica a de seus legítimos pais biológicos. Portanto, em uma análise estritamente ética e moral, a utilização dessa técnica não ultrapassa os limites principiológicos vigorantes no ordenamento pátrio.

É de se ressaltar que tanto a coleta do material, bem como sua utilização ficam condicionadas ao consentimento informado²⁴ dos interessados, ou seja, dos futuros pais biológicos.

A grande polêmica nesse caso gira em torno da possibilidade de ocorrer inseminação *post mortem*. Ora, impreterivelmente, o pretendente genitor terá propriedades de seu corpo destacadas, como o sêmen, por exemplo. Nesse caso, a questão sucessória e também a familiar fica sensivelmente afetada. O ideal seria que a legislação proibisse a inseminação caso o pai falecesse.

O outro método é conhecido como reprodução heteróloga ou inseminação artificial com doador (IAD). Diversamente, nesse tipo de inseminação a fecundação é realizada com sêmen proveniente de doação. Essa técnica é indicada nos casos de esterilidade masculina, ou seja, o sêmen não tem capacidade de fecundação. Além dessa causa, é indicada também quando há falta, ou ausência do fator masculino, para a concepção, nos casos de mulheres celibatárias e homossexuais.

²³ CORRÊA, Marilena Villela. **Novas tecnologias reprodutivas. Limites da biologia ou biologia sem limites?** p.68.

²⁴ Resolução CFM n. 1.358/92 Aart. 1º, I, 3.

Outra técnica desenvolvida é o da criopreservação, ou seja, o sêmen que é doado é congelado para futura utilização. Inicialmente, essa técnica foi direcionada para homens que seriam submetidos a tratamentos radioterápicos, quimioterapia, vasectomia e etc., mas ainda manifestavam anseios à paternidade. Da utilização dessa técnica, adveio a recente organização dos bancos de sêmen. O congelamento e a estocagem de sêmen têm como máxima garantia o anonimato do doador e o sigilo quanto à doação.

Nesse sentido, é o que a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, estabelece no item 3, do capítulo IV, referente à doação de gametas ou pré-embriões. Note-se:

Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas ou pré-embriões, assim como dos receptadores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

É importante mencionar nesse momento que com a criopreservação há possibilidades de pesquisar doenças sexualmente transmissíveis com objetivos preventivos. Por outro lado, através da medicina preditiva e utilizando o *screening* genético, é possível também a análise de sêmen, óvulos e embriões com fins direcionados a identificar genes ou cromossomos responsáveis por doenças hereditárias, antes de ocorrer a fecundação e seleção de embriões em função de seu sexo.

Há também a fertilização *in vitro* (FIV) que consiste no “encontro de óvulo e espermatozóide que caracteriza a concepção ou fecundação se realiza fora do corpo da mulher, num laboratório, a partir daquelas células reprodutivas”.²⁵

Nesse tipo de fertilização, pode ser utilizada tanto a inseminação homóloga, quanto a heteróloga, com a posterior transferência do embrião formado para o útero da mãe, biológica ou não.

Essa técnica, inicialmente, foi indicada para mulheres inférteis com problemas nas trompas de falópio, chamada de infertilidade por obstrução tubária. Hoje, após significativos desenvolvimentos quanto a sua aplicabilidade procedimental de fertilização, ou seja, as variações²⁶ do local de introdução do embrião,

²⁵ Op. cit., p. 70. Essa técnica é bem recente, sendo os primeiros registros de nascimento de bebês utilizando dessa técnica conceptiva datados de 1978 (Inglaterra) e 1982 (França). No Brasil o primeiro bebê de proveta nasceu em 07 de outubro de 1984. Atualmente existem mais de 5.000 bebês concebidos por essa técnica.

²⁶ Meios mais utilizados para realizar a FIV conforme a variação do local de introdução do embrião:

essa técnica estendeu-se para as demais causas de infertilidade. Mesmo existindo várias formas de utilização da fertilização *in vitro*, atualmente a mais adequada é a conhecida por Icsi – *intracytoplasmic sperm injection* - que consiste na microinjeção de espermatozóides inaptos ou de outras células reprodutivas masculinas no gameta feminino, por meio de microtécnicas.

Do ponto de vista de Maria Helena Diniz, com relação à regulamentação da reprodução assistida, ela sugere que a inseminação heteróloga, a *fiv* e a gestação por conta de terceiros, deveriam ser coibidas, em face aos possíveis riscos de ordem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade.

9 NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO

Sabe-se que a lei não acompanha o progresso social, quem dirá o progresso científico. No entanto, o advento do século XXI trouxe consigo a revolução na área das ciências médicas e biológicas, e conseqüentemente uma série de implicações que atingem diretamente a sociedade. Por isso, urge que a legislação alcance o progresso social.

No entanto, as futuras normas não devem impedir as investigações científicas, mas permitir o equilíbrio entre o avanço biotecnológico com o bem social e a justiça. Nisso consistiria a inter-relação da bioética com o direito.

9.1 A escassez de normas pertinentes à reprodução assistida e suas conseqüências

É certo que a Resolução n° 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina trata dessa matéria, todavia, a fundamentação das condutas voltadas à utilização das técnicas de reprodução assistida é estritamente ética e de caráter deontológico, conforme o estabelecido no art. 1° dessa resolução. Com isso, levando-se em conta que o sistema constitucional brasileiro adota a relação de compatibilidade vertical, essa resolução, para os fins legais, é mero instrumento regulador desprovido do caráter de norma pública, cogente e com cunho coercitivo.

Através dessa resolução, o Conselho Federal de Medicina regularizou a utilização das técnicas de reprodução assistida, com o objetivo de facilitar o processo de procriação.

Zift – *zygote intrafallopian transfer* – o embrião é depositado no útero ou nas trompas e até na cavidade abdominal; *Gift* – *gametas intrafallopian transfer* – há transferência dos gametas tratados *in vitro* para as trompas.

9.2 Quando inicia a vida

Uma das questões mais problemáticas é o da conceituação de pessoa, no sentido ontológico. O desafio paradoxal da bioética é o fato de ter um problema como “já não um ser, mas um não-ser do homem: o que ainda não é, o que não é mais o que poderia se fazer”²⁷

Predominantemente, há três posições divergentes, porém de grande influência para os aspectos morais, sociais, científicos, médicos e, sobretudo jurídicos. Note-se:

Para a teologia católica, baseada na moral, o pré-embrião²⁸ é pessoa com potencialidade, portanto, já é um ser humano. Portanto, por essa ótica, a vida se inicia “no primeiro momento de sua existência”²⁹, entende-se por isso que a vida se inicia a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo, formando o pré-embrião.

Em que pese a relevância da Igreja no seio social, o Direito, via legislação, não deve restringir-se aos fundamentos religiosos. Há que se aplicar o pragmatismo social.

Posição contrária adotam os geneticistas, biólogos e médicos. Eles sustentam que pré-embrião não é pessoa, portanto, ainda não tem vida. Posição utilitarista.

O geneticista Juan Ramón Lacanda e o biólogo Alonso Bedate defendem que “até o décimo primeiro dia, após a fertilização não se dá a individualização do novo ser, pois a unicidade e a unidade do novo ser não estão fixadas durante as primeiras etapas embrionárias anteriores à nidação³⁰”. Acrescentam ainda “(...) o zigoto tem informação suficiente

²⁷ COAN, Emerson. *Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços seminióticos para uma hermenêutica constitucional fundamental nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida.* p. 250 In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito.** Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁸ Pré-embrião consiste na primeira fase do desenvolvimento do ser humano, que se inicia com a fusão dos gametas masculinos e femininos até quatorze dias depois.

²⁹ SOARES, André Marcelo soares. **Bioética e Biodireito.** Uma introdução. São Paulo: Loyola, 2002. p. 48.

³⁰ Nidação é a fixação do óvulo fecundado na parede uterina. Uma vez fixado na parede uterina, o pré-embrião, fisiologicamente, passa a embrião. Nesse contexto é oportuno esclarecer alguns termos técnicos relativos à embriologia: Fecundidade é a capacidade de reprodução; Esterilidade é a incapacidade absoluta de reprodução; Fertilidade é a taxa real de procriação atingida. Esses conceitos foram extraídos do guia prático de informações da Clínica e centro de Pesquisa em reprodução Humana Roger Abdelmassih.

para produzir exclusivamente o tecido humano, mas não para desenvolver-se em um ser humano”³¹.

Portanto, nessas condições, o pré-embrião (zigoto), não tem as informações genéticas indispensáveis para a constituição do ser humano completamente formado.

Sendo assim, conclui-se que, por essa ótica, não há vida antes da nidação.

Finalmente, analisando a ideia sustentada no Código Civil, é inquestionável que se aproxima da ideia defendida pela Igreja, ao sustentar no art. 2º, *caput*, que a vida se inicia a partir da concepção. A isso se dá o nome de ontogenia humana, ou seja, é o aparecimento de um novo ser, que adveio da fusão dos gametas masculinos e femininos, originando o zigoto, um ser com código genético distinto.

A esse respeito, Maria Helena Diniz assevera que:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí, tudo é uma transformação morfológico-temporal que passará pelo nascimento e alcançará a morte sem que haja alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepitível.³²

Similar é a postura dos constitucionalistas, especialmente, José Afonso da Silva, ao sustentar que “o homem é um indivíduo, mas mais do que isto, é uma pessoa. Além dos caracteres do indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais.”³³ Surge nesse momento uma questão referente ao início da personalidade do embrião.

O art. 2º do Código Civil de 2.002 estabelece o seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, **desde a concepção**, os diretos do nascituro”. (GN)

Portanto, o termo inicial da personalidade do homem é imprescindivelmente o seu nascimento com vida. Dessa forma, não é o nascimento o requisito para adquirir personalidade, mas sua vitalidade, ainda que curta, após o nascimento.

³¹ Op.cit., p.48.

³² Op.cit., p. 27.

³³ Op.cit., p. 200.

Por outro lado, a segunda parte do artigo em análise garante direitos ao nascituro³⁴.

Caio Mário afirma que o nascituro não é uma pessoa e, portanto, não pode ser dotado de personalidade jurídica, tanto que o resguardo de seus direitos permanece em estado potencial, dependendo de seu nascimento e de sua vitalidade. Nesse sentido:

O feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a formar, nenhum direito se transmite, ou se não nasce vivo, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e sua frustração se opera como se ele nunca tivesse sido concebido.

Com melhor razão, Maria Helena Diniz, ao afirmar que “com a fecundação se inicia um processo autogovernado pelo próprio embrião, está mais do que certo que essa formação vital possui a qualidade de ser humano”³⁵. Dessa forma, ao nascituro é conferida proteção jurídica “pelo que é e pelo que irá ser”³⁶.

Jaques Robert defende o seguinte:

O respeito a vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem, até o presente, o feto é considerado como ser humano³⁷.

Em razão disso, Maria Helena Diniz, em doutrina, propõe uma divisão viável referente à personalidade jurídica conferida ao nascituro, note-se.

O nascituro teria personalidade formal, relativa aos direitos de personalidade, enquanto estivesse na condição de vida- intrauterina, ou mesmo *in vitro*. Já a perso-

³⁴ Segundo a concepção de Silvio Rodrigues, nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”. Tendo em vista as novas técnicas de reprodução assistida esse conceito, atualmente, pode ser considerado insuficiente. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte geral. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

³⁵ Op. cit., p. 407.

³⁶ Ibidem, p. 407.

³⁷ *Apud* SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 201.

nalidade jurídica material seria adquirida somente a partir de seu nascimento com vida³⁸. Trata-se da personalidade consagrada na primeira parte do artigo em estudo.

Ocorre que a terminologia legislativa limitou-se à palavra “nascituro”, sequer mencionando o embrião. Diante dessa lacuna legislativa, há que se desenvolver o momento da consideração jurídica do nascituro, especialmente considerando as novas técnicas de reprodução artificial.

Em virtude disso, ou seja, da necessidade de se estabelecer proteção jurídica ao nascituro surgiram duas teorias levando em consideração o momento do início da vida para fins legais.

A teoria genético–desenvolvimentista sustenta a ideia de que o ser humano passaria pelas fases de pré-embrião, embrião e feto. Por outro lado, para os que sustentam a teoria concepcionista, o embrião é um ser humano distinto desde a fecundação.

A teoria dos concepcionistas é corroborada pela tese dos personalistas que também sustentam que o ser humano tem início no momento da fecundação. Os personalistas defendem sua tese fundada na racionalidade biológica³⁹, e ainda afirmam o seguinte:

(...) zigoto, blastocisto, pré-embrião e embrião, indicam, convencional e descritivamente, somente fases diferentes do novo ser humano antes do nascimento; tal como recém-nascido, criança, adolescente, adulto e velhos indicam somente as diferentes fases da vida do homem depois do nascimento (...)⁴⁰

Como visto, para a legislação nacional, a vida se inicia a partir da concepção, nos casos em que não há intervenção médica. Contudo, nos casos em que o casal recorre à reprodução artificial cogita-se a possibilidade de se considerar que a vida iniciará com a nidação do zigoto (embrião).

Diante de tantas imprecisões, mais uma vez a razão assiste Maria Helena Diniz que sustenta o início da personalidade, e, portanto da vida, no momento da

³⁸ Nesse momento o que era apenas expectativa de direito passa a direito subjetivo. (RT 182/438). Ao nascituro é assegurado, entre outras coisas, o direito de receber bens por doação, cf. art. 542 do CC/02, receber bens por herança, cf. arts. 1784, 1798 e 1799, I todos do CC/02 e ainda o direito a alimentos cf. RT 650: 220

³⁹ Segundo os personalistas a fusão do gameta masculino com o feminino gera uma “nova e autônoma individualidade humana, que se desenvolve sem solução de continuidade e sem necessidade de sucessivos estímulos externos até o nascimento”. CASABONA, Carlos Maria Romeu. **Bioteecnologos, Direito e Bioética**. p. 188.

⁴⁰ Op. cit., p. 188.

fecundação, independe se a concepção se deu de forma natural ou artificial, adotando, portanto a teoria concepcionista.

Essa teoria é a utilizada no Código Civil porque confere personalidade jurídica à pessoa e ao nascituro a partir da concepção. Vale lembrar que a personalidade jurídica material só é alcançada depois do nascimento com vida. Enquanto nascituro e embrião, a natureza jurídica é formal.

10 A HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM FACE À UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Não se contesta que o desenvolvimento das biotecnologias, especialmente, das tecnologias reprodutivas, sempre partem de um princípio da liberdade, no qual a pesquisa e o trabalho científico são livres, desde que não ultrapassem as normas éticas e não violem nem desconsiderem a dignidade humana, pois se trata de direito fundamental. É em razão disso que a intervenção legislativa se impõe para definir o que deveria ser colocado em lei sob a óptica da reprodução assistida.

Também não se contesta tratar de um grande problema, haja vista que as definições atingem questões de grande controvérsia, como, por exemplo, a intervenção da lei no campo da sexualidade e da reprodução assistida.

11 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O que ressalta a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando que o próprio constituinte inseriu no texto constitucional, no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, foi a máxima contemplação de tratar o ser humano com respeito pelo fato de ele ser homem, e conferir a ele a dignidade.

O respeito à dignidade da pessoa humana constitui o alicerce e a legitimação da atuação do Estado.

Segundo a filosofia de Immanuel Kant, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo, “... o homem, e, de uma maneira em geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.⁴¹

Dessa forma, o ser humano, segundo os fundamentos da constituição bra-

⁴¹ SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Uma análise di inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p 91/92.

sileira, é o paradigma avaliativo do poder público e, portanto, toda e qualquer posição normativa deve lhe ser favorável, sob pena de ser ilegítima.

Por tudo o que foi analisado até o momento, é perceptível que os “problemas bioéticos” estão longe do limite de serem superados, e inevitavelmente trata-se do grande desafio do século XXI.

Considerando que a família é uma célula da sociedade, o Princípio da Dignidade da Pessoa é contextualizado dentro do conhecido planejamento familiar, pois todos são livres para constituir família, casar, estabelecer união estável e ainda assumir a paternidade responsável⁴². Em contra partida compete ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos e, ao mesmo tempo, vedar qualquer meio que agrida essa instituição, ou seja, a família.

12 DO DIREITO À VIDA

É incontestável que o direito à vida, disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição, é o mais fundamental de todos os direitos e a sua garantia impõe-se, pois “constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”⁴³.

A vida humana, segundo o entendimento de José Afonso de Moraes, é constituída de elementos materiais e imateriais⁴⁴, e sob esse aspecto, define o processo vital da seguinte forma:

(...) vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida⁴⁵.

⁴² Paternidade responsável significa que o filho desejado deverá ser de responsabilidade dos pais, que voluntariamente optaram por tê-lo, e que a ele seja fornecido condições de vida digna e saudável.

⁴³ MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87.

⁴⁴ Op.cit., p. 201.

⁴⁵ Op. cit., p. 200.

Levando em consideração o art. 5º, *caput*, da CF/88 seria impraticável qualquer intervenção científica, seja voltada para pesquisa seja para o descarte dos embriões.

Isso decorre, principalmente, do direito à existência, ou seja, “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. E existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte”⁴⁶.

No caso em foco, os embriões criogenados nunca terão “morte espontânea”, senão pela intervenção do homem.

Desse ponto de vista surge intrinsecamente nesse contexto outro ponto controverso trazido pelas ciências médicas. Incontestavelmente trata-se de um paradoxo porque a reprodução assistida é realizada para proporcionar à mulher o direito de procriar, de ser mãe, por outro lado, restam os embriões excedentes não implantados para satisfazer aquele desejo de trazer uma vida ao mundo.

É nesse exato momento que há o explícito conflito dos princípios constitucionais com relação à prática e utilização das técnicas da reprodução assistida.

13 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE PESQUISA

Antes de propriamente entrar na análise e nas implicações do princípio da liberdade, é importante esclarecer no que consiste a “liberdade” para o ordenamento jurídico.

Decorre do art.5º da CF/88 que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O texto constitucional considera a liberdade de agir como princípio, ou seja, o princípio é o de que todos têm liberdade de fazer ou não fazer o que quiserem, salvo quando a lei determinar o contrário.

Sendo assim, o limite da liberdade é a própria lei.

Mais uma vez encontra-se um choque de princípios constitucionais, e mais um grande problema a ser solucionado pelo Biodireito. Note-se.

Segundo art. 5º, IX CF/88: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

14 CONCORRÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Levando em consideração a classificação doutrinária dos direitos individuais, inseridos no art. 5º da CF/88, José Afonso da Silva adota o sistema do objeto

⁴⁶ Op. cit., p.201.

imediatamente do direito assegurado. Portanto, segue-se a seguinte classificação: direito à vida; direito à intimidade; direito à igualdade; direito à liberdade e direito a propriedades.

Tendo em vista o enfoque dessa pesquisa ser direcionado aos conflitos advindos da evolução da biotecnologia *versus* ordenamento jurídico pátrio, por ora será objeto de análise apenas a supremacia do direito à vida em concorrência com outros princípios.

O que sobrepõe a importância dos princípios e dos direitos fundamentais são suas características comuns entre si. São conhecidas cinco principais características, quais sejam: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade.

Sem sombra de dúvidas todas são importantes porque estão agregadas entre si, entretanto, serão objeto de análise apenas a questão da limitabilidade e concorrência em razão do próprio objeto dessa pesquisa.

A limitabilidade estará presente quando ocorrer confronto entre dois direitos fundamentais. Como se sabe, entre as normas constitucionais não há hierarquia, portanto aplicar-se-á o regime de decadência recíproca, isto é, seria uma concordância ponderada instalada pela relação de conciliação entre os direitos colidentes.

Por sua vez, a concorrência dos direitos fundamentais ocorre quando um mesmo tema é regulamentado por mais de um preceito constitucional, ou seja, sobre um mesmo titular pode incidir mais de um direito.

A questão controversa, que envolve os princípios e as regras, surge no momento em que há colisões de princípios e conflitos de regras.

Reconhece-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana precede a todos os demais princípios.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, dispõe sobre os direitos individuais dentre os quais estão o direito à vida e à liberdade que são assegurados a todos. Entretanto, em razão dos avanços promovidos pela ciência é urgente e necessário, dentro da atual sociedade, definir alguns significados e a dimensão de palavras centrais, como por exemplo, a vida.

Do exposto, o conceito de vida é muito subjetivo e não é unânime. A única certeza é de que a vida possui valor universal e supremo. No entanto, a própria

constituição não delimita, nem define os valores, deixando aberto às interpretações fornecer uma melhor definição.

Que a vida deve ser tutelada, não há dúvidas nem contestações, ocorre que o grande questionamento atual está em torno de que tipo de proteção e que vida precisa ser protegida, e é isso que se deve regular.

A vida é o valor supremo conferido ao ser humano. Contudo, em decorrência da própria evolução da humanidade existem determinadas situações que devem ser relevadas, ou melhor, repensadas, em razão das grandes invenções e descobertas provenientes das biotecnologias. Sendo assim, é preciso estabelecer quando começa e quando a vida termina, o que é vida, bem como o que é viver.

Em situação similar, José Afonso da Silva, em uma passagem que decorre sobre a evolução das teorias dos direitos fundamentais, afirma que “em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo”⁴⁷.

RESAASSISTED REPRODUCTION IN THE FACE BIOLAW AND ITS CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

ABSTRACT

As the scientific society advances in large steps in its discoveries, the need for juridical rules to discipline the conduct of healthcare professionals, even regulations about the lawfulness of ongoing scientific researches, has emerged, imposing necessary limits in order to preserve human dignity, as the universal concern about the need to reconcile the scientific development with the respect for human rights and other life guiding principles.

The knowledge must serve and always be at service of the science and the human kind. Without further complaints, it contributes a lot to a more prosper human life, but limits must be established as soon as the possibility of a scientific application do any harm to what is moral or is legally admissible be identified.

The kinds of manipulation related to assisted reproduction rise broad discussion and the controversies around this subject are, mostly, of ethical and bioethical character. The greatest concern around this issue is the danger of “thigfying” the human being and to make little controllable researches viable. That said, it’s urgent that the law be on par with social and scientific progress, respecting life above all, which is the greatest gift and deserves to be taken care, shall conflicts arise.

⁴⁷Op. cit. p. 176-177.

Key-words: Assisted reproduction; Human dignity principle; Bioethics; Biolaw; Constitutional hermeneutics.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CORRÊA, Marilena Vilela. **Novas tecnologias reprodutivas. Limites da biologia ou biologia sem limites**. Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02). São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Aspectos do direito de família e do direito de sucessões. Florianópolis: Diploma legal, 2000.

LOLAS, Fernando. **Bioética**. O que é, como se faz. São Paulo: Loyola, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria geral. São Paulo: Atlas, 2003.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Lorio. **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica, civil, criminal e ética**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução**. São Paulo: Loyola, 2002.

TEIXEIRA, Mônica. **O projeto genoma humano**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2001.

RIOS, André Rangel. **Bioética no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e tempo, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

SILVA, José Afonsa da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil. Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. v. 1.

Guia Prático **Tecnologia em favor da vida**. Clínica e Centro de pesquisa em reprodução humana Roger Abdelmassih.