XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

MÁRTIN PERIUS HAEBERLIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Gabriela Maia Rebouças; Mártin Perius Haeberlin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-748-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Porto Alegre entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, teve como tema central "Tecnologia, comunicação e inovação no direito."

Ao longo de três dias, docentes e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Hermenêutica Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr.ª Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE, e Dr. Mártin Perius Haeberlin, do Centro Universitário Ritter dos Reis/RS.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares, pela problematização dos coordenadores no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados.

O primeiro bloco de apresentações abordou os trabalhos mais teóricos e filosóficos, trazendo autores da hermenêutica que também seriam tematizados nos demais trabalhos: Heidegger, Gadamer, Robert Alexy e os jusnaturalismos foram trabalhados tendo como horizonte o tempo presente. Após a apresentação dos trabalhos, foram possíveis reflexões e debates sobre todos e cada um dos trabalhos. Sobre o primeiro trabalho apresentado ("O resgate da centralidade do ser em Heidegger") – que, de algum modo, conduziu um norte à reflexão dos demais –, o grupo refletiu sobre o sentido do pensar e sobre o esquecimento da questão do ser em alguns momentos da filosofia. Sobre o segundo trabalho ("A Hermenêutica Filosófica em Gadamer"), lembrou-se a passagem do entendimento do círculo hermenêutico para uma espiral hermenêutica, na qual os sentidos encontrados ao objeto modificam o ser que interpreta. Já quanto ao terceiro trabalho ("Novos Direitos: evolução dos fatos sociais e aplicação do círculo hermenêutico") discutiu-se a possibilidade de apropriações da virada hermenêutica heideggeriana em temas jurídicos hodiernos, como as questões relacionadas ao nome social e ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Ato contínuo ao trabalho "A formação da lei a partir do discurso ideal de Robert Alexy e a redução da discricionariedade

hermenêutica", discutiu-se os problemas na correção das leis – e a importância de um amplo debate a respeito das mesmas –, bem como a conexão do tema com a chamada "ética do discurso". Por fim, quanto ao trabalho "Os caminhos do jusnaturalismo no século XXI", refletiu-se sobre a possibilidade de afirmar valores universais na contemporaneidade e sobre os problemas ínsitos a concepções jusnaturalistas.

No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das decisões judiciais, com evidência para o papel das Cortes Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal do Brasil: interpretação e sentido normativo, globalização, mídia, teorias e processos decisórios no Direito estiveram entre os temas destacados. Também se estabeleceu a metodologia de apresentar-se os textos em bloco para, a partir deles, promover-se discussões e reflexões. Sobre todos os temas os participante puderam fazer observações. Quanto ao primeiro trabalho "Supremo Tribunal Federal e sua função interpretativa", refletiu-se detidamente sobre a pertinência de uma leitura que, dando sentido aos sentidos possíveis ao texto, desloque o eixo da verdade interpretada a partir do parâmetro da autoridade do interpretante, especialmente falando-se dos limites da tarefa de interpretar. Em relação ao segundo trabalho ("O diálogo hermenêutico na compreensão do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153"), pode-se compreender, a partir da questão da anistia, a necessidade de se pensar em "constrangimentos epistêmicos" dos intérpretes, a partir do marco teórico de Gadamer e Ricouer. Depois, em relação ao trabalho "Mídia, (in)formação e decisões judiciais", falou-se sobre o protagonismo do Poder Judiciário, em suas manifestações de poder, de um lado, e a comunicação social realizada a partir de um código binário (informação vs. não informação) de outro. Ao fim, tratou-se do tema "A globalização e sua influência nas decisões judiciais", considerando aspectos como o multiculturalismo e os modelos estrangeiros de decisões judiciais que vieram a afetar a jurisdição constitucional brasileira.

O terceiro e último bloco teve como foco a hermenêutica aplicada a questões concretas, envolvendo o Estatuto do desarmamento, bioética e tecnologias reprodutivas, derrotabilidade, racionalidade e argumentação na motivação judicial, dignidade humana e técnica normativa. Mais precisamente, iniciou-se com o tema do "Estatuto do Desarmamento", em uma tentativa, bastante debatida, de conciliar a noção de normativismo jurídico em Kelsen com a noção de realidade social em Ehrlich. Após, promoveu-se reflexão acerca da temática "Hermêutica da Facticidade aplicada às Tecnologias Reprodutivas", laborando-se a possibilidade de, a partir da hermenêutica filosófica, discutir a "sacralidade da gestação" e a noção convencional de natalidade como um "bem absoluto". Ato contínuo, tratou-se do tema da "Derrotabilidade" das regras, a fim de demonstrar que a existência e a validade de uma regra cederiam, desde um ponto de vista sistemático, em ocasiões nas quais suas aplicações

podem se revelar “extremamente injustas”. Após, houve um intenso debate sobre o trabalho apresentado relacionado a um curioso caso concreto (Apelação Cível n. 70005798004), que tratava da exclusão da meação por indignidade a um genro que assassinou o sogro. O debate demonstrou que, por vezes, a fundamentação, mesmo que chegue a conclusões adequadas, pode ser intrinsecamente deletéria ao entendimento do sistema jurídico e suas bases hermenêuticas. Posteriormente, discutiram-se algumas conclusões do trabalho que tratava do feminicídio a partir de uma análise de Hart e Raz, de modo a promover um debate sobre a juridicidade e legitimidade da criminalização específica dos homicídios fundamentados na questão do gênero. Por fim, tratou-se da questão da dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade, considerando-se diversos exemplos caracterizados de sua violação.

Como conclusão, o grupo afirmou a importância das pesquisas em Hermenêutica jurídica problematizarem o marco teórico estrangeiro escolhido para a análise do direito brasileiro e de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de seus contextos originais e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um campo de pesquisa no qual os autores e teorias sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social, sobretudo quando estrangeiras.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate, o que seguramente contribui para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof.ª Drª Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Mártin Perius Haeberlin, Centro Universitário Ritter dos Reis/RS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HERMENÊUTICA DA FACTICIDADE APLICADA ÀS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS HUMANAS: CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-DOUTRINÁRIAS ACERCA DA GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO

HERMENEUTICS OF FACTICITY APPLIED TO HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES: LEGAL-DOCTRINE CONSIDERATIONS ABOUT PREGNANCY BY SUBSTITUTION

Claudine Rodembusch Rocha [1]
Henrique Alexander Grazzi Keske [2]

Resumo

O presente artigo problematiza as relações entre o direito e as novas tecnologias reprodutivas humanas, focadas na gravidez por substituição, a partir de pressupostos hermenêuticos e da Teoria Tridimensional do Direito, ao apresentar a instauração de sentidos existenciais como produtores do fenômeno jurídico enquanto fato, valor e norma, bem como trata da polissemia de tais sentidos, tendo como base a discussão jurídico-doutrinária, uma vez inexistindo previsão legal sobre o tema; o que torna necessário uma legislação abrangente, dado que se refere às condições de possibilidade do próprio existir da vida humana, como bem jurídico máximo tutelado pelo ordenamento.

Palavras-chave: Ausência de legislação, Gravidez por substituição, Hermenêutica jurídica, Novas tecnologias reprodutivas, Novo paradigma hermenêutico

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the relationship between law and new human reproductive technologies, focused on pregnancy by substitution, from hermeneutical assumptions and the Three-Dimensional Theory of Law, by presenting the establishment of existential senses as producers of the legal phenomenon as fact, value and norm, as well as treats the polysemy of such senses, based on the legal-doctrinal discussion, once there is no legal provision on the subject; which requires a comprehensive legislation, since it refers to the conditions of possibility of the very existence of human life, as a legal maximum protected by the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Absence of legislation, Legal hermeneutics, New hermeneutic paradigm, New reproductive technologies, Pregnancy by substitution

---

[1] Doutora em Direito Público pela Universidade de Burgos/Espanha, Mestre em Direito pela UNISC, Especialista em Direito Pela UNISC e Professora de Direito da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul

[2] Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Advogado

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta de enfrentamento das questões suscitadas quando se intenta discorrer sobre as relações entre a tecnologia e as inovações do direito, sob o viés da hermenêutica jurídica, para se refletir sobre o caráter hermenêutico dos saberes jurídicos, considerando-se a historicidade de seus institutos, bem como para tratar dos parâmetros atuais em que se descortina o debate hermenêutico, tem suas referências doutrinárias alicerçadas na obra Ser e Tempo de Heidegger. Nesse sentido, a obra postula uma reviravolta na metafísica da tradição do pensar ocidental, dado que afirma uma nova concepção de ser, não mais desvinculado de seu mundo, como o compreendeu a Filosofia, desde os gregos, mas, ao contrário, como um constructo originário, que se define por uma unidade própria, denominada ser-no-mundo.

Este é o ponto de partida da analítica existencial de Heidegger, pois ambas as dimensões, ou seja, a dimensão do ser e a dimensão do mundo são apresentadas como situadas em um processo de autoconstituição recíproca, o que significa que os sentidos instaurados pelo ser não podem ser dissociados do próprio mundo dos fatos, onde se dá e se desenvolve a própria existência. Daí decorre a facticidade, ou seja, a situação característica da existência humana que, lançada ao mundo, está intrinsecamente ligada às injunções e necessidades dos fatos. (HEIDEGGER, 1989).

Da mesma forma, ao se partir do conceito de que, originariamente, hermenêutica significa interpretação, Heidegger (1989) afirma que os processos cognitivos do interpretar se vinculam intrinsecamente com a compreensão, de modo que interpretar significa o desenvolvimento e a realização efetiva da compreensão, ou seja, para podermos compreender, necessariamente, de forma originária, já estamos interpretando, tanto o mundo, quanto a nós mesmos, enquanto seres humanos lançados que somos nas condições existenciais em que estamos inseridos. Assim, interpretar significa elaborar as possibilidades projetadas, isto é, instauradas pelos processos compreensivos, de maneira que a compreensão do ser e do mundo passa a se operar pela capacidade interpretativa que outra coisa não é do que instaurar os sentidos a serem seguidos pelo ser humano, em sua existência mesma.

Logo, hermenêutica da facticidade, para este enfoque, passa a ser a capacidade instauradora dos sentidos da existência humana, que se situa no mundo dos fatos; e que, agora,enquanto tal, lançam sobre todos nós as questões ligadas aos processos tecnológicos desenvolvidos para a geração da própria vida humana: eis o desafio do Direito, ou seja, dar uma resposta adequada, do ponto de vista normativo e da aplicação mesma das normas a essa realidade fática e, logo, existencial humana.

Gadamer (2004), a seu turno, em sua obra Verdade e Método I, ao apresentar os traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, aborda o círculo hermenêutico como relacionado, inicialmente, ao problema dos conceitos prévios, quando trata de formular uma teoria para a experiência hermenêutica. Ao reafirmar seu pensar acerca da própria hermenêutica, a partir de uma reinterpretação da tradição filosófica, reporta-nos ao dado de que até então, a hermenêutica via a si mesma, ou seja, tinha uma autocompreensão de si, como tendo o caráter de uma mera disciplina técnica, como que um método interpretativo. Seguindo, dessa forma, a partir do pensar de Heidegger, Gadamer amplia, portanto, as concepções que a própria hermenêutica havia elaborado acerca de uma autocompreensão de si mesma para, baseado nessas elaborações prévias, resignificá-la, apontando para o caráter de universalidade do compreender. Inicia esse caminho, assim, por recolocar em um outro enfoque a questão dos conceitos prévios que nos orientam nesse esforço compreensivo, no sentido de que sempre partimos de uma base de conceitos de que somos portadores, para, a partir dessa compreensão prévia, podermos ampliar a própria compreensão acerca de algo.

Depois, Gadamer passa a analisar o significado paradigmático da hermenêutica jurídica, dado que este pensar filosófico vai operar uma virada impactante nas concepções que a própria doutrina jurídica vem a estabelecer para o Direito, dado que, em um primeiro momento, a hermenêutica se limitava a ser um recurso de práxis jurídica, destinado a sanar certas deficiências e casos excepcionais da dogmática jurídica; só que, agora, a partir desse novo enfoque, a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. Nesse sentido, "a complementação produtiva do direito se dá aí, obviamente, reservada ao juiz, mas este se encontra sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica" (GADAMER, 2004, p. 432). No caso em comento, entretanto, ou seja, das novas tecnologias aplicadas à reprodução humana, mormente no que diz respeito à gravidez de substituição, não existe base normativa definida em lei, a não ser em portarias técnicas do Conselho Federal de Medicina, o que lança o problema hermenêutico a dimensões ainda mais impactantes.

Ao tratar das bases doutrinárias do tridimensionalismo dinâmico, em sua Teoria Tridimensional do Direito, Miguel Reale (2002) demonstra as condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta, de forma que, por este enfoque, se pode afirmar que a hermenêutica jurídica adquire sua verdadeira dimensão produtora do fenômeno jurídico, uma vez que o legislador, ao conceber determinada norma, já se lançou a interpretar o fato que lhe dá suporte. Assim sendo, a lei, concomitantemente, é já o produto desta interpretação, o que significa que insculpiu

determinado valor ao fato que, então, modificado pela norma, não se trata mais apenas de fato social, mas de fato jurídico, pois dotado de valor normativo. Por fim, ao ser aplicada a norma ao fato, o processo hermenêutico se consubstancia uma vez mais. Logo, esse enfoque hermenêutico mostra-se como produtor do próprio Direito, indo muito além de mera técnica de aplicação de uma lei já dada. Nesse sentido:

> Quer no momento da feitura da lei, quer no da construção e da sistematização dogmáticas, o direito não poderá deixar de ser compreendido senão como realidade histórico-cultural, de tal sorte que (...) o direito só o poderá interpretar e realizar com autenticidade quem se integrar na peculiaridade de nossas circunstâncias. (REALE, 2002, p. 585).

Dados esses pressupostos teóricos, de Heidegger, Gadamer e de Reale, pode-se empreender o desafio proposto por esta tarefa interpretativa, de perscrutar os sentidos e implicações jurídico-existenciais do problema que surge pelo impacto das novas tecnologias implicadas nos processos de reprodução humana, mormente na condição básica que envolve as circunstâncias de que, em quaisquer casos fáticos, tais procedimentos somente atingem seu objetivo no momento em que se torna disponível o único órgão humano habilitado a tal tarefa, ou seja, o útero feminino. Trata-se de um enfoque hermenêutico a exploração dos sentidos existenciais de tais práticas, cotejadas com as discussões jurídico-doutrinárias que ensejam, acima de quaisquer outros argumentos originários, pois que estamos tratando do próprio surgimento da vida humana e de seres humanos gerados nessas situações, de modo que, se o direito à vida é a base fundante de todo o ordenamento, não há enfoque mais precípuo do que tratar das circunstâncias em que se pode operar a geração de tal vida, como consideração originária e, logo, primeira, como precedente de todas as demais.

2 DA INSTAURAÇÃO DE SENTIDOS DA REPRODUÇÃO HUMANA

Não há cultura humana que não tenha estabelecido a reprodução e/ou geração de vida como princípio fundante e estrutura básica da sociedade, alicerçando-a por princípios religiosos, que elevam tal atitude geracional ao nível de elemento sagrado e, logo, enquanto bênção concedida à espécie, que lhe permite a perpetuidade. Neste sentido, ressalta-se que, para além do dado biológico, com sua dimensão própria de valor, acrescentou-se o dado simbólico e transcendental, como se apresenta na cultura hebraica e em sua posterior assimilação pelo cristianismo, como afirmado em Gênesis 22:1 e Gênesis 26:4, em que Deus faz a promessa de que a descendência de Abrahão seria mais numerosa do que as estrelas do céu e de que os grãos de areia do mar: dessa forma, toda a sua posteridade seria abençoada.

Uma afirmação categórica como esta vem sendo repetida, por pelo menos estes últimos dois mil anos de estruturação do cristianismo, de forma a ratificar o caráter absoluto da procriação, não somente como geração de vida, mas como bênção divina. Entretanto, que dizer de incontáveis casais que não dispõem de condições reprodutivas que os habilitem a participar, espontaneamente, desse processo natural? Resta-lhes somente a dor de não participarem da bênção sagrada, ou seja, de não poderem comungar da geração/gestação da vida? Deveriam sentir-se como condenados a não participar do processo de perpetuidade geracional? Tais questões existenciais fundantes foram responsáveis, provavelmente, para desencadear processos científicos e tecnológicos capazes de dar uma resposta satisfatória a esta demanda, no sentido de superar os obstáculos naturais à procriação e à gestação e, assim, a permitir que esta geração e/ou gestação pudessem ainda ocorrer, a despeito de tais impedimentos biológicos que, em épocas anteriores, se constituíam em empecilhos insuperáveis a tais propósitos.

Por conta disso, chega-se, recentemente, na contemporaneidade, aos processos de reprodução assistida, como resposta técnico-científica à superação de óbices biológicos à geração/gestação da vida humana. Entretanto, por estarmos tratando, precipuamente, desta condição existencial, abre-se intenso debate acerca das questões fundamentais dessa mesma existência humana, notadamente quando se passa a questionar o grau de impacto que o desenvolvimento científico e seus desdobramentos técnicos venham a causar, de forma a levar as considerações existenciais a extremos até então não atingidos. Em suma, não se trata de produzir a superação técnico-científica de um simples obstáculo generativo, mas de propiciar o surgimento de uma nova vida humana: eis a dimensão fundante do problema a ser discutido.

Por outro lado, para além dos já referidos problemas reprodutivos de casais heterossexuais, acrescenta-se, agora, a circunstância de casais homoafetivos que, igualmente, trazem consigo a motivação existencial de gerar descendência e mesmo de mulheres que, em função da idade, já não mais apresentam estas condições; e se pode começar a delimitar uma certa abrangência dos que procuram tais métodos de reprodução humana assistida. A este público-alvo interessado em participar do processo geracional da vida humana e atingir o nível desejadode maternidade e/ou paternidade, torna-se crescente o número de mulheres que recorrem a estes métodos em função de outro dilema: não pretendem se submeter aos ônus da gestação /ou mesmo da amamentação, não considerando conveniente para si as alterações corpóreas daí decorrentes.

Além dessas condições, acrescenta-se, também, que a participação cada vez mais ativa e determinante da mulher no mercado de trabalho tem propiciado, a seu turno, um número

crescente de processos de gravidez mais tardios, de forma que esta mulher tem priorizado o êxito profissional, permitindo-se, ou desejando a gravidez somente depois de obtida certa posição profissional, o que acarreta a necessidade de medidas biotecnológicas a serem utilizadas para deter o natural processo de envelhecimento de seu material germinativo. Estes fatores, de pronto, então, nos remetem às questões técnico-científicas relativas ao material genético disponível ou disponibilizado para tal fim, além das condições orgânicas, leia-se corpóreas, necessárias, para que essa geração/gestação venha a ocorrer, dado que a capacidade genética sendo fundamental, não basta à procriação, uma vez que esta necessita, obrigatoriamente, do único meio adequado onde pode vir a ocorrer, ou seja, o complexo órgão reprodutor feminino. Portanto, todas as técnicas e procedimentos científicos confluem para esta determinação objetiva: sem útero, não há reprodução!

Nesse sentido, se pode tratar de reprodução humana homóloga, com material genético próprio dos genitores, o que implica em intervenções médicas menos severas; bem como de reprodução heteróloga, em que o material genético não pertence a um ou a ambos dos pretendentes à condição de genitores, o que demanda circunstâncias mais intensas de intervenção. (DALVI, 2008). Ressalta-se que cada uma dessas intervenções geram inúmeras consequências jurídicas, envolvendo a todos os partícipes dessa relação, atingindo, notoriamente, o produto desses procedimentos, ou seja, a vida assim gerada. Entretanto, o problema maior, do ponto de vista médico, não se refere à questão genética, mas, precisamente, às circunstâncias em que se encontra o órgão reprodutor feminino aonde se venha a inocular o material genético: se a própria pretendente à genitora apresenta condições para tal, as circunstâncias se mostram menos severas, em seus desdobramentos para além das condições meramente técnico-científicas.Entretanto, se para o processo generativo se torna necessário o recurso a órgão generativo de outra mulher, a questão apresenta sua dimensão existencialmente problemática e requer o debate que envolva princípios ético-filosóficos e, sobremaneira, jurídico-legais, atinentes a tais práticas. Outro problema decorrente dessa situação, embora não seja objeto do presente artigo, diz respeito à necessária aceitação expressa do marido, quando as circunstâncias clínicas exigem o uso de material genético de outro homem a ser introduzido no útero da esposa pretendente a ser mãe.

Trata-se, enfim, de um enfrentamento radical das circunstâncias relativas ao que se denomina de empréstimo temporário de útero, ou de maternidade de substituição, em que se evidencia a distinção entre a condição de mães genéticas e de mães gestacionais e, ainda de mães/pais que não sendo fornecedores de material genético, ou possuidores de órgão reprodutor apropriado, empenham-se em recorrer a tais métodos, com a finalidade de

gerar/gestar uma vida humana nova. Existe, ainda, um campo de discussão mais problemático, em que os métodos técnico-científicos se inter-relacionam de maneira profunda com a condição existencial humana e os próprios fundamentos de utilização de tais métodos; e que se evidenciam quando, em função de ainda não dominarmos, completamente, o conhecimento acerca de manipulação genética, o produto da reprodução humana assistida manifesta más formações congênitas, que colocam o (a) recém-nascido (a) em uma vulnerabilidade muito maior, haja vista não se enquadrar em níveis adequados e normais de saúde, pois inúmeras são as possibilidades de se manifestarem as mais diversas patologias.

A dimensão existencial do problema está, então, justamente, neste enfoque, ou seja: a quem cabe a responsabilidade pelo cuidado essencial a ser dispensado a este ser humano gerado nestas condições aflitivas? Ora, isto surge porque não se está apenas tratando de um produto de manipulação genética, mas, sim, de um ser humano íntegro e fonte originária de uma dignidade intrínseca e inalienável. As expectativas podem levar todos e todas a um voltar-se para conceber e gestar um recém-nascido saudável. Entretanto, quando isto não corre e as probabilidades devem ser consideradas, sempre, deve-se considerar essa questão básica: este cuidado deve ser cumprido por quem encomendou a geração/gestação, por quem forneceu o material genético, ou por quem ofereceu o órgão para gestar?

Não se trata, porém, de impedirmos o uso de tais métodos, mas de regulamentarmos o seu emprego de forma que, para além de realizar as acalentadas motivações de paternidade e/ou maternidade, se questionem as circunstâncias existenciais profundas intrínsecas ao processo, com foco inarredável no sentido de proteger a nova vida assim gerada/gestada. Infelizmente, não há legislação abrangente que trate dos problemas existenciais daí decorrentes, o que deixa à interpretação própria dos envolvidos nessas questões e, notadamente, dos agentes da prestação jurisdicional do Estado, o arbítrio quanto à solução das demandas então decorrentes: eis o problema hermenêutico a desafiar as relações entre o Direito e as novas tecnologias, consubstanciando, teoricamente, a historicidade dos institutos jurídicos, bem como a necessidade premente de inovação normativa, além de uma correta aplicação dos postulados a serem estabelecidos para sua solução, aos casos concretos trazidos à lide.

3 DA DISCUSSÃO JURÍDICO-DOUTRINÁRIA

Pode parecer estranho que um tema de tamanha envergadura, pelas implicações religiosas, éticas, morais e jurídicas, tanto quanto filosófico-existenciais, não encontre

respaldo na legislação brasileira, mas, paradoxalmente, é isto que ocorre: não há legislação específica que regulamente a matéria no direito brasileiro – injustificável omissão do legislador que, dessa forma, releva a uma espécie de limbo jurídico as circunstâncias próprias da adoção de tais métodos, empurrando as decisões necessárias, quando os casos concretos daí decorrentes são levados à Justiça, às possibilidades hermenêuticas dos julgadores, que se baseiam, logo, em discussões doutrinárias de princípios constitucionais, ou de normas constantes em legislações outras que, na ausência de lei apropriada, são trazidas como forma de embasar suas decisões.

Pode-se mencionar, nesse sentido, um Projeto de Lei, que visa regulamentar a reprodução humana assistida: trata-se do PL n° 90, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a procriação medicamente assistida, regulando tanto clínicas, quanto qualificação do profissional médico, passando pelo necessárioconsentimento prévio, bem como por todos os demais atos necessários para que a reprodução humana assistida venha a ocorrer de maneira a atentar e /ou atender às partes envolvidas, resguardando os direitos/deveres de todos e, sobretudo, a vida assim gerada. A data da propositura, por outro lado, nos evidencia o pouco caso do legislador em tratar de matéria tão fundamental como a geração/gestação da vida humana. Entretanto, por tratar-se tão-somente de projeto de lei, não pode regulamentar a matéria em comento.

Entretanto, o único dispositivo normativo de que se dispõe, para disciplinar a matéria, diz respeito à Resolução 1.957/2.010, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece regras para a gestação de substituição e doação temporária de útero, agora já substituída pela resolução 2.121/2015; que, contudo, não tem força de lei e, apesar de estabelecer certas normas éticas quanto à utilização dos métodos empregados, tem foco precípuo em orientações médicas e técnico-científicas, mas que, paradoxalmente, se constitui em instrumento regulador de que se valem os julgadores, quando estas questões exigem do Estado uma decisão em torno das relevantes questões jurídicas e, logo, vitais suscitadas.

Assim, quanto ao conteúdo básico de tais disposições, Nena Sales Pinheiro (2012) assim as apresenta, de forma mais sucinta:Esta resolução é a única existente no país que trata da matéria e promove a regulamentação para a utilização de útero alheio objetivando gerar filho próprio. Para tanto, somente autoriza a utilização da gestação por substituição se houver comprovado problema médico que impeça ou contra indique a gestação pela doadora genética, e, desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente. As doadoras temporárias do útero devem ter um laço de parentesco até o 2º grau, com a doadora genética, ou seja, irmãs, mães, tias,

avós ou primas, por exemplo. Qualquer caso que não esteja dentro dessa classe de pessoas, precisa ser aprovado pelo Conselho Regional de Medicina, o que será feito em cada Estado. A doação temporária do útero, sob nenhuma hipótese poderá ter caráter lucrativo ou comercial. É obrigatório a todas às pacientes submetidas às técnicas de gestação por substituição, que assinem documento de consentimento, após exposição detalhada da referida técnica, assim como os resultados obtidos na unidade de tratamento com a técnica proposta, de modo que as participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidas sobre o mesmo.

Por sua vez, a falta de uma legislação específica sobre o tema acaba por revelar esse hiato muito grande entre tais métodos de concepção e as práticas já instaladas em nosso meio social, notadamente na formação de tipos diferenciados de família, que não mais a família da tradição religiosa cristã, de tal forma que, no que diz respeito às novas estruturas familiares, exsurgem as seguintes situações: Está cada vez mais claro para o direito de família que conjugalidade e parentalidade não estão necessariamente atrelados. É assim que começamos a distinguir famílias conjugais e famílias parentais para entender o atual direito de família. Há pessoas que só querem ter uma relação conjugal, seja porque já têm filhos de relações anteriores, seja pela livre escolha de não terem filhos. Há pessoas que só querem ter filhos, mas não querem estabelecer uma relação amorosa, conjugal ou mesmo sexual com o pai/mãe do pretenso filho, ou seja, querem formar apenas uma família parental, e não querem fazer uma "produção" independente, isto é, não querem uma família monoparental. No mundo globalizado e cibernético, viabilizado pela engenharia genética, ficou mais fácil pessoas se encontrarem para estabelecer parcerias de paternidade/maternidade. Esta nova forma de constituição de famílias parentais é crescente no Brasil e nos remete a pensar sobre as novas relações afetivas, que por sua vez tem nos obrigado a fazer contratos de geração de filhos. Quer gostemos ou não, queiramos ou não, não podemos fechar os olhos a essa nova realidade jurídica. (PEREIRA, 2016).

O posicionamento acima transcrito, ao final, entretanto, faz menção expressa a um desdobramento muito polêmico no que diz respeito à temática da gravidez por substituição, ou seja, a de elaboração de um contrato que estipule todas as condições de tal prática, deixando claro, principalmente, a forma de entrega do produto final do emprego do método de reprodução humana assistida. Não cabe, no escopo deste artigo, discutir a validade jurídica de um tal contrato, à luz das disposições legais atinentes às determinações jurídicas já estabelecidas em lei quanto às possibilidades de estabelecer contratos no direito brasileiro; mas de reafirmar que vale lembrar, incansavelmente, porém, de que estamos tratando da vida humana, ou seja, de um recém-nascido, gerado/gestado nessas condições, de forma que

podemos questionar se quaisquer cláusulas contratuais se revestiriam de um caráter de validade, diante da dimensão existencial humana que se coloca em jogo nesse processo. Entretanto, colhemos do mesmo autor, no referido artigo, a seguinte afirmação:

> A questão sobre a qual se deve refletir é: por que não se pode remunerar uma mulher pelo "aluguel" de seu útero? Não seria a mesma lógica que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto, não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito; e não se trata de compra e venda,como permitido antes nas sociedades escravocratas e endossado pela moral religiosa. Para se avançar, é preciso deixar hipocrisias de lado e aprender com a história para não se repetir injustiças. (PEREIRA, 2016, p.3).

A partir desse enfoque e porque estamos tratando de questões radicais e que envolvem o surgimento de novos procedimentos técnico-científicos que lançam novas perspectivas acerca da conduta que o ser humano deva estabelecer em relação à sua própria vida e tendo como fundamento a historicidade dos institutos jurídicos, no sentido de que são as demandas sociais, em sua dinâmica que determinam as formulações doutrinárias; mister se fazer referência a dois novos campos de discussão que visam elaborar respostas a certas questões que emergem, precisamente do uso das novas tecnologias, em relação a essa mesma condição existencial humana. Referimo-nos, então, à Bioética que, segundo Clotet (2006, p. 33):

> É uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados. Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias.

Tais considerações e, logo, constructos conceituais, a seu turno, produziram, igualmente, uma resposta da doutrina jurídica, no sentido de também oferecer uma possibilidade normativa e jurisprudencial, que viesse a regular o uso dessas novas tecnologias, mormente aquelas que implicam em dilemas morais que irrompem, na área médica, naquilo em que afetam a própria condição humana. É nesse sentido que se pode falar em Biodireito, que como Meireles o apresenta, se refere a: umramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. (MEIRELES, 2007).

Por sua vez, estas novas disposições doutrinárias, tanto em nível de Bioética, quanto de Biodireito, juntamente com quaisquer possibilidades normativas e mesmo de aplicações jurisprudenciais, devem atentar, antes de quaisquer outras considerações, ao que dispõe o

inciso IIIº, do Artigo 1º da Constituição Federal/88, ou seja, à dignidade da pessoa humana. É nesse sentido a posição expressa por Maria Helena Diniz:

> Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do estado democrático de direito e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIS, 2009, p. 16).

Na esteira de ainda apresentarmos mais algumas considerações acerca da dignidade da pessoa humana, cabe destacar o conceito apresentado por Ingo Sarlet:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

Entretanto, na discussão acerca do enfoque do presente artigo, incumbe ressaltar que estamos, realmente, diante de um dilema hermenêutico, uma vez que é preciso considerar tanto a dignidade da pretendente à mãe e/ou pai, em seu direito fundamental, também assegurado constitucionalmente, de constituir prole, a partir de paternidade responsável, (Constituição Federal/88, art. 226, parágrafo 7º), quanto da dignidade de pessoa humana inerente ao gerado/gestado ou recém-nascido, a partir dessas condições especiais. Deve-se, portanto, dessa forma, asseverar-se, também, que este ser humano tenha sua existência protegida até mesmo em sua condição de nascituro, quando ainda se desenvolve no útero materno, quer se trate de mãe genética ou de mãe geracional; devendo-se somar a estas considerações o fato inquestionável de que o fruto de uma geração/gestação é, em verdade, o polo absolutamente passivo dessa relação, em função de sua absoluta vulnerabilidade.

Além disso, é preciso também destacar o caráter próprio da norma constitucional que estabelece a dignidade da pessoa humana como um conceito aberto, isto é, sem nenhuma delimitação positivada no próprio texto; e não poderia ser diferente, haja vista que estamos tratando do princípio basilar de todo o nosso ordenamento jurídico. Isto significa que a sua aplicação aos casos concretos é que irá infundir o seu conteúdo abstrato da necessária concretude em termos de garantia e proteção em que se decidir fazê-lo incidir. Entretanto, por

se tratar de norma constitucional e, portanto, de princípio irradiador em todo o ordenamento, ao considerá-lo como elemento fundante de quaisquer decisões, como em ambos os polos da relação, produz-se um choque de tais disposições, pois, ao se assegurar o direito de maternidade /paternidade, não se pode colocar a descoberto, sobretudo, o sentido de proteção da vida do gerado/gestado e/ou nascido nessas condições, dado que se consubstancia como polo completamente passivo e totalmente vulnerável. A questão fundamental suscitada, então, se apresenta: poderíamos aplicar, no caso concreto, a solução do conflito pela simples aplicação do princípio da ponderação? Foge ao escopo do presente artigo tanto a discussão acerca das condições da ponderação, quanto aos problemas atinentes à discussão acerca da aplicação de normas e princípios. Destaca-se, contudo, que a dignidade da pessoa humana é norma constitucional generalíssima, mas de aplicação imediata e de validade absoluta, cujo conteúdo terá que ser definido com fulcro nos casos concretos.

Na discussão legal do problema, ainda se podem destacar as afirmações de Maria Berenice Dias, que, inclusive no tocante às condições de um contrato celebrado entre as partes, assevera que:

> Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição, ou sub-rogação, são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel; porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (Constituição Federal, art. 199, §4°). Assim, também é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a "mãe de aluguel", com obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (Código Civil, art. 104, inciso 2). Também se poderia ver configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio; e registrar como sendo seu o filho de outrem (Código Penal, art. 242). (DIAS, 2011, p. 371-372).

Contudo, a falta de uma legislação específica que pretendesse sanar as questões suscitadas, a partir de uma clara normatização de matéria tão controversa, continua a permitir controvertidas discussões acerca das questões legais envolvidas nessas práticas geracionais/gestacionais, de forma que as decisões seguem sendo tomadas pela utilização de métodos hermenêutico, que visam, precisamente, tentar suprir tais lacunas legais do ordenamento. Por conta disso, é que se podem citar as contribuições de Nena Sales Pinheiro:

> 1 - Observa-se que a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional, tendo em vista que o procedimento do empréstimo do útero não se assemelha ao transplante de órgão, nem à pesquisa. Como de igual modo, não ocorre remoção de órgão, tecidos e substâncias humanas, o que pode dar abertura para a comercialização da chamada barriga de aluguel;

> 2 - o artigo 13 do Código Civil veda a disposição de parte do corpo, a não ser em casos de exigência médica e desde que tal disposição não traga inutilidade do órgão ou contrarie os bons costumes;
> 3 - do ponto de vista criminal, a questão também é controversa, porque alguns entendem que no fato de oferecer o serviço de barriga de aluguel não há tipificação legal por não se enquadrar no conceito de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Enquanto outros asseveram que a comercialização do empréstimo do útero é crime tipificado no artigo 15 da Lei 9.437/97;
> 4 - Destaco, por fim, que o projeto de lei sobre essa matéria, que tramita no Congresso Nacional, dispõe de forma taxativa que é crime a comercialização da chamada barriga de aluguel, consolidando a barreira para a sua comercialização. (PINHEIRO, 2012, p. 7).

A omissão legislativa se afigura como injustificável, na medida em que tais métodos geracionais/gestacionais se convertem, cada vez mais em práticas sociais costumeiras, em função do aumento das demandas de pessoas que, sob os mais variados matizes e interesses se propõem à maternidade e/ou paternidade nesses moldes. Nesse sentido, a discussão parece não ter um fim pacificado, quando se trata dos problemas atinentes aos pais/mães pretendentes, ou àqueles (as) que apenas forneceram o material genético indispensável aos atos, mesmo que se achem protegidos por contratos de sigilo. Da mesma forma, ainda surgem problemas quando se trazem as questões relativas às mães genéticas, em sua relação com as mães gestacionais, ou seja, com aquelas que lhes emprestaram o útero; porque, nesse caso específico, em função dos liames psicológicos e emocionais de uma gestação e sua íntima ligação existencial com o feto, ou nascituro, não se pode apenas considerar o útero como o simples espaço físico onde a gestação ocorre.

Entretanto, toda essa discussão, em que se perfilam tantos interesses díspares que se pretendem harmonizar, antes de quaisquer outras considerações e/ou discussões acerca das vontades e direitos/deveres das partes envolvidas, há que se atentar para um valor máximo que se apresenta nessas condições, como já referido anteriormente, ou seja, a vida que está sendo gerada, ou que foi gerada em tais circunstâncias, que não se limitam somente ao momento do nascimento, mas que impactam todo o desenvolvimento futuro de uma nova vida que se gera/gesta dessa forma.

Não pertence ao escopo do presente artigo discorrer sobre as soluções que se apresentam e são tomadas, em relação às outras questões que impactam as consequências radicais do uso de tais métodos geracionais/gestacionais, mormente quando algum fator patológico se manifesta durante ou constatado ao final do processo, mas importa apresentar que as soluções simplistas indicam, além do aborto, o mero abandono em instituições públicas, tratando-se, assim, o nascituro, ou recém-nascido como mero objeto em um contrato de troca . Outro fator que se insere nesse contexto e que indicamos como possível

desenvolvimento de questões que exsurgem dessa discussão, diz respeito aos mecanismos de adoção; de forma que podem ocorrer situações que envolvam pais/mães pretendentes; os (as) fornecedores (as) de material genético, mães gestacionais e pais/mães adotantes. Tais condições implicam, portanto, na necessária revisão desses conceitos fundantes que envolvem paternidade e maternidade e que não se resumem somente ao novo enfoque doutrinário e jurisprudencial, no sentido de considerá-los apenas simplificados pelo novo conceito de paternidade/maternidade afetiva. Essas discussões, aqui, porém, são deixadas como indicativos para desenvolvimentos posteriores do enfoque principal cuja discussão o presente artigo pretende trazer.

Diante de tais questionamentos, pode-se, por derradeiro, ainda acrescentar que esse confronto, por sua vez, nos mostra que não dispomos de respostas concludentes para os grandes enigmas da existência e somos obrigados a nos lançarmos em um desafio maior, que é o de encontrar pontos de contato entre tais disposições, para elaborarmos um conjunto de procedimentos capazes de guiar o agir humano diante das mais avançadas tecnologias já disponíveis e que colocam essas questões fundamentais da vida em patamares de extrema complexidade. Estamos, portanto, diante de uma polissemia de sentidos instaurados, por todas essas tradições do pensar, sejam de cunho religioso, filosófico e/ou científico-jurídico. Dispomos, logo, de uma imensa riqueza de pressupostos sobre os quais podemos nos debruçar em nossas análises, como intérpretes de tais tradições, sem poder, a princípio e por princípio, relegar nenhuma delas ao abandono de não reconhecê-las como dignas de participar desse diálogo multidisciplinar que os temas em discussão lançam em nossa direção, para serem enfrentados e para que, a partir deles se possa chegar a certo nível de validade de procedimentos capazes de guiar nossas ações em tais questões. (KESKE, 2017).

4 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que se parta do pressuposto do novo paradigma assumido pela hermenêutica jurídica, não mais considerada apenas como técnica supletiva a assessorar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, se pode evidenciar que a articulação desse novo olhar abre horizontes compreensivos mais amplos acerca do próprio Direito, agora entendido como fenômeno jurídico, enquanto experiência vivencial que se insere na dimensão existencial, como um modo próprio de ser da condição humana, instaurador de sentidos para esse mesmo existir. Dessa forma, o ser humano passa a ser compreendido como ser-no-mundo e o fenômeno jurídico pode ser entendido a partir de sua tríplice condição em que se articulam

seus fundamentos enquanto fato, valor e norma. Por conta disso, o Direito não surge a partir de uma norma elaborada por uma racionalidade metafísica que, se lançando sobre os fatos, estabelece para si mesmo a tarefa de enquadrar os fatos da realidade aos seus próprios ditames; mas, ao contrário, o Direito enquanto uma hermenêutica focada na realidade social, ou seja, no fato bruto por ele visado, passa a ser essa dimensão instauradora de sentidos existenciais para o agir humano, em que a própria norma é produto dessa articulação de sentidos, na medida em que insculpe determinados valores ao ordenamento, bem como exige sua aplicação à mesma realidade que lhe serve de embasamento.

Fundando-se o Direito na realidade social, evidencia-se que não há nenhum outro bem que precede à tutela da própria vida, como o bem máximo de onde se originam todas as demais construções jurídicas a estabelecer as normas reguladoras do agir humano. Da mesma forma, o fenômeno jurídico apresenta o caráter intrínseco de sua própria historicidade, dado que se trata de um fluxo dinâmico, porque inserido no mesmo contexto de dinamicidade social, de forma que os institutos jurídicos surgem em dado momento, mas não se fixam, de maneira perene e estática, mas participam do mesmo processo instaurador dos sentidos existenciais, de todos os fatos que a existência lança em direção à própria condição humana, para que sejam normatizados. E é precisamente tal dinamicidade que coloca o desafio hermenêutico de sempre inovar tais constructos jurídicos, na medida em que esses fatos exijam outros sentidos e, logo, o fluir de outras possibilidades normativas. Por conta disso, o Direito se vê diante de suas possibilidades mais desafiadoras na medida em que novas tecnologias das denominadas biociências passam a questionar esses valores e postulados até então considerados satisfatórios à solução de certas demandas apresentadas pela sociedade, principalmente quando tais enfrentamentos se referem às tecnologias reprodutivas humanas, dado que se inserem no fundamento mais originário do próprio existir, como sua condição de possibilidade, ou seja, ao caráter próprio da geração/gestação da vida humana.

Paradoxalmente, essa questão fundamental não encontrou, ainda, abrigo legislativo adequado, sendo regulamentada somente por meio de Portarias do Conselho Federal de Medicina que, como já referido, apresenta sérias preocupações éticas acerca do emprego de tais tecnologias reprodutivas, mas se mostra ainda limitado enquanto não abrange as inúmeras possibilidades e desdobramentos de tais questões do ponto de vista jurídico, haja vista que estão ligadas aos processos e procedimentos médicos de gestação/geração de novas vidas humanas nessas condições. Além do que, na medida em que se aplicam tais técnicas, seu emprego conflui, necessariamente, para a condição precípua que possibilita o desenvolvimento da vida humana, ou seja, do único órgão reprodutor humano capaz dessa

tarefa: o útero feminino. Daí a importância de se discutir, doutrinariamente, os sentidos da aplicação de tais técnicas, focadas no que se convencionou denominar de gravidez por substituição, ou mais popularmente, a barriga de aluguel.

Portanto, aí está o tema que merece uma ampla convergência doutrinária, capaz de evidenciar o processo instaurador dos sentidos existenciais que regulamentem a matéria, de modo a preservar, tanto os direitos reprodutivos, enquanto direitos fundamentais, quanto os direitos inalienáveis dos seres gerados/gestados nessas condições, como o polo absolutamente passivo e, logo, mais vulnerável nesse processo. Eis o desafio hermenêutico de articular postulados valorativos, constantes de norma jurídica que, se não for capaz de prever todos os desdobramentos fáticos do emprego de tais técnicas reprodutivas, o que se afigura como uma impossibilidade, que, pelo menos e isto já não é pouco, sirva de parâmetro para que se regulamentem tais questões suscitadas pelo tema. Nesse caso, a omissão legislativa se torna cada vez mais injustificável.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal/88**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/ fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.013/2013 e Resolução 2.121/2015.** Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/ resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CLOTET, Joaquim. **Bioética:** uma aproximação. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

DALVI, Luciano. A reprodução assistida. In: DALVI, Luciano. **Curso avançado de Biodireito:** doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 6. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1989.

KESKE, Henrique Alexander. Reflexões acerca da Bioética pela perspectiva do cuidado existencial. In: ENGELMANN, Wilson; HUPFFER, Haide Maria (Orgs.). **Bionanoética:** perspectivas jurídicas.1. ed. São Leopoldo/RS: Trajetos Editorial, 2017.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal e (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Preconceito em relação à barriga de aluguel atrapalha evolução jurídica.** IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. 17/11/2016. Disponível: em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/12579/Preconceito+em+rela%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+barriga+de+aluguel+atrapalha+evolu%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADdica>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PINHEIRO, Neusa Sales. **Útero de substituição e as novas repercussões jurídicas**. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível: em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>. Acesso em: 02 nov. 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.