XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

BIODIREITO

LIZIANE PAIXAO SILVA OLIVEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Liziane Paixão Silva Oliveira, Simone Letícia Severo e Sousa. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-030-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

BIODIREITO

Apresentação

(O texto de apresentação deste GT será disponibilizado em breve)

CONFLITOS ÉTICOS E PARADOXOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ETHICAL CONFLICTS AND JURIDICAL PARADOXES OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Janaína Reckziegel
Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estabelecimento do quadro ético e jurídico acerca dos processos de Reprodução Humana Assistida, em suas principais modalidades, de maneira que fiquem salientados todos os seus elementos informadores e procedimentos, apelando sempre à pesquisa bibliográfica. Assim sendo, passa o corrente estudo à análise das premissas jurídicas e legais que vinculam tal forma assistida de reprodução humana, observando-se as normas que regulam tal instrumentalidade científica, além de referenciando-se eventuais projetos de lei e tratativas administrativas que conferem mínima sistematicidade legislativa ao tema. Por fim, constrói-se um quadro paradoxal da Reprodução Humana Assistida com eventuais conflitos legais e jurídicos, de maneira que fique caracterizado o processo de prevalência ou desconsideração de valores existentes no ordenamento jurídico, demonstrando-se os conflitos a que são submetidos o processo reprodutivo com intervenção médica, mormente quanto aos conflitos éticos que emergem de tal avanço científico.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida; bioética; colisão de direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The present article has as its objective the establishment of a general panorama about the Assisted Human Reproduction in its main modalities, in a manner that stay clear all its informative elements and procedures, appealing always for bibliographical research. This way, the current study starts to make an analysis about the juridical and legal premises that link such assisted human reproduction, observing the norms that regulate such scientific instrumentality, as well as referencing eventual Bills and administrative treaties that give minimal legislative systematicity to the theme. In the end, the study builds a paradoxical board of Assisted Human Reproduction with eventual legal and juridical conflicts, in a manner that stay characterized the process of prevalence or slight of existent values in the juridical ordainment, demonstrating the conflicts that the reproductive process with medical intervention is subjected to, mainly about the ethical conflicts that arise from such scientific advance.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assisted human reproduction; bioethics; fundamental rights collision

1. INTRODUÇÃO

A família é parte indissociável do próprio processo de formação do indivíduo enquanto ser social. Não há como se conceber o reconhecimento da individualidade sem desvinculá-la com sua formação mais central: a familiar. Assim, o homem identifica sua própria natureza pelas próprias origens e graças a um dos mecanismos que mais o diferenciam da imensa parcela animal: reconhecer iguais em papeis fixos e imutáveis, caracterizando-se dentro da própria família.

Bem se sabe, não obstante, que as transformações no conhecimento humano não isentaram nenhum campo social ou individual do homem, incluindo-se a própria família dentro dos vórtices evolutivos da espécie. O que outrora era cingido pelo espectro puramente tradicional e religioso agora já se mostra receptivo a recentíssimas inovações embaladas pelo desenvolvimento científico. É neste campo de potentes embates institucionais e científicos que entra o processo de Reprodução Humana Assistida.

A capacidade de gerar filhos fora do núcleo essencialmente reprodutivo entre os sexos traz consigo a possibilidade de revolucionar uma série de paradigmas intocáveis do desenvolvimento familiar. De casais homossexuais à mães solteiras, agora a família deixa de ser cingida pelo critério essencialmente reprodutivo para dar lugar à disseminação pura e simples do afeto, sem que o procedimento científico aqui exposto seja isento de questionamentos éticos e jurídicos.

No cenário de volatilidade normativa da Reprodução Humana Assistida, os limites bioéticos de tal paradoxo parecem cada vez mais tangíveis – e quiçá aplacáveis. O que parece exsurgir, desta forma, é a possibilidade de manutenção de diversos comportamentos científicos em consonância e harmonia com o funcionamento institucional e social, como, *verbi gratia*, a família.

Assim, neste contexto generalizado de insurgências científicas e jurídicas, tal estudo lança um aporte primário e resumido das principais modalidades de Reprodução Humana Assistida, demonstrando de maneira sintética as formas mais recorrentes no quadro de fertilizações, passando para a tratativa legal do assunto, desdobrando os diferentes níveis regulamentadores de tal processo, além do necessário aporte quanto ao vácuo legislativo dentro de tal instrumentação gestacional.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: INSTRUMENTALIDADE CIENTÍFICA E CONFLITOS BIOÉTICOS DELA DECORRENTES

Não há como se desvincular o processo de Reprodução Humana Assistida com o mais natural e compreensível dos desejos humanos: o de se gerar descendentes. O processo de filiação e formação familiar data desde os primórdios da história humana, sendo que Rouland (2003) acertadamente lança as bases de tal questão: o que nos diferencia de todos os outros animais é justamente o reconhecimento, fomento e continuidade de laços familiares com papeis institucionais integralizados. É por sabermos que se é *família* que o animal passa a ser homem.

Antes de se debruçar sobre o próprio processo de historicismo da formação familiar dentro de modelos reprodutivos, é necessário que se tenha em vista o conceito estabelecido por Ahmad (2009), que, com maestria, traz a paternidade como *status pessoal*, de maneira que, na esmagadora maioria das vezes, a formação do núcleo familiar humano é processo de formação identitária tal qual o nascimento ou a morte.

A reprodução humana é a suprema expressão da sexualidade, sendo que os mecanismos reprodutivos humanos "[...] conferem ao ser humano uma série de funções cognitivas que lhe permitem definir sua individualidade como pessoa, sua capacidade de relação, de memorizar, de responder, de amar" (MURCIA-LORA; ESPARZA-ENCINA, 2009, p. 86, tradução nossa).

Ainda nesta senda, a maternidade exsurge como "destino social das mulheres" (BARBOSA, 2003, p. 44), de modo que mais do que expectativa social em torno da geração de filhos, a maternidade também implica – conforme já apontado alhures – em próprio mecanismo identitário que fornece significado e contexto para as mulheres que almejam a geração de filhos; evitá-la ou não obtê-la, assim, tem um custo social e individual.

Expõe Ferraz (2011, p. 39) que se "[...] o desejo de procriar é antigo", a esterilidade implica em inúmeros contratempos e estigmatizações sociais. Ferraz (2011) aponta que o repúdio familiar era esmagador em relação às mulheres incapazes de gerar descendentes, sendo que a modalidade masculina de infertilidade[1] não era sequer investigada. Dessa forma, a mulher sempre foi o alvo de críticas em relação à não geração de filhos, sendo que algumas chegavam até mesmo a serem abandonadas em tais casos.

[1] A doutrina especializada é unânime quanto à ressalva existente na diferenciação de *infertilidade* e *esterilidade*, sendo que a primeira apresenta tratamento médico, podendo ser até mesmo curada, ao revés da última, que é cingida pela irreversibilidade. Na esteia de Ferraz (2011) e Ahmad (2009), o corrente estudo reconhece tal diferenciação, optando pela utilização do termo *infertilidade* como conglobante de ambas as formas.

A esterilidade, dentro do organismo familiar, era comumente associada à frustração, inferioridade, culpa e angústia, sempre aliadas com o sentimento de incompetência na manutenção do projeto parental, uma vez que o biologismo era a única maneira de concretizar tal plano familiar de perpetuação dos membros familiares. Assim, também pelo espectro social, as consequências para o casal eram em torno de um derrotismo inderrogável e de um mal impassível de mensuração, tão logo este era o último significado da esterilidade (FERRAZ, 2011).

Como bem aduz Barbosa (2003), dados recentes dão conta de que disfunções causadoras de infertilidade distribuem-se à razão de 40% (quarenta por cento) entre mulheres, com o mesmo número acometendo homens, sendo os 20% (vinte por cento) sobressalentes a combinação de circunstâncias masculinas e femininas que impossibilitam a geração de filhos. Inobstante, foi apenas a partir do ano de 1677, com a invenção do microscópio por Leeuwenhoek, que as causas da infertilidade masculina puderam começar a serem investigadas, mormente pela escassez de espermatozoides (FERRAZ, 2011).

A Reprodução Humana Assistida, enquanto mecanismo auxiliar para casais que possuem dificuldades de reprodução, somente começou a tomar forma com o estudo genético, sendo que Gregor Mendel, estipulando as bases do estudo da genética enquanto campo científico autônomo, forneceu a sedimentação necessária para o desenvolvimento da Engenharia Genética, agora capitaneada por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, ambos tidos como pais de tal seara metodológica. Assim, a Engenharia Genética foi o que possibilitou o desenvolvimento e evolução da Reprodução Humana Assistida, dentro de todas as modalidades hoje existentes (FERRAZ, 2011).

Murcia-Lora e Esparza-Encina (2009) estabelecem que a Reprodução Humana Assistida é toda e qualquer modalidade de auxílio reprodutivo que desborde do mero funcionamento fisiológico reprodutivo, qual seja, o aparelho genital masculino e feminino em contato, vislumbrando a intervenção médica em qualquer etapa que anteceda, ocorra concomitantemente ou suceda a cópula. Para os autores, assim, a Reprodução Humana Assistida possui várias fases em relação ao material reprodutivo, quais sejam, estimulação, punção, encubação, transferência e apoio na fase lútea.

Dias e Reinheimer (2012), previamente à análise da transformação familiar pela Reprodução Humana Assistida, desbordam para o fato de que a existência desta nova modalidade de reprodução trouxe à baila a modificação até mesmo das relações homoafetivas, de modo que minorias sexuais até então estigmatizadas passassem a ser incluídas no processo

fundamental de formação familiar e pudessem, enfim, realizar anseios de procriação e distribuição afetiva dentro do núcleo familiar escolhido.

Inúmeros anos de pesquisa foram necessários até o surgimento do primeiro bebê de proveta no mundo, em 1978. Tal criança, concebida pelo método da fertilização *in vitro*, ou *fivete*, trouxe consigo uma série de críticas – influenciadas principalmente por argumentos de cunho religioso de desnecessária intervenção humana em processos reprodutivos – sendo que, como aponta ainda Ferraz (2011), algumas outras técnicas passaram a ser desenvolvidas com o objetivo específico de intervir o mínimo possível em tal processo reprodutivo, conforme se fará ver a seguir.

A primeira técnica de Reprodução Humana Assistida a ser praticada pela medicina foi a Inseminação Artificial, de imensa complexidade técnica, sendo que tal modalidade de reprodução funciona nos casos de falha nas *etapas* do processo reprodutivo, e não necessariamente nas bases celulares. O sucesso de tal técnica depende "[...] do cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente a gestação" (FERRAZ, 2011, p. 44).

Desta forma, a inseminação artificial passou a ser possível em 1932, quando avanços científicos deram conta de descobrir com maior precisão acerca do ciclo fértil da mulher, sendo que o avanço da criopreservação do sêmen, em 1945, veio a colaborar com tal cenário de apoio científico reprodutivo (FERRAZ, 2011). Assim, com a inserção do sêmen no interior uterino, é de se esperar que tal forma reprodutiva reproduza com maior similitude o que naturalmente ocorreria, caso não houvesse falhas no ciclo de fatores da reprodução.

Ainda de acordo com Ferraz (2011), a inseminação artificial pode ser tanto homóloga quanto heteróloga, sendo que na primeira forma o sêmen a ser implantado na mulher é de origem do próprio marido ou companheiro, e nesta última, o sêmen advém de doador alheio ao processo reprodutivo. Inobstante, vê-se ainda a inseminação artificial biosseminal, quando, para aumentar as chances de sucesso da inseminação, o sêmen é recolhido do marido e do doador, sendo utilizados ao mesmo tempo.

O sêmen, por fim, dentro da inseminação artificial, é recolhido por masturbação, sendo separados entre normais e anormais – distinguidos através da *velocidade* e *qualidade* do espermatozoide – e posteriormente imersos em líquido próprio, podendo, inclusive, serem conservados por até vinte anos através da técnica da criopreservação (FERRAZ, 2011).

Passando à análise detida da Reprodução Humana Assistida através da fertilização *in vitro*, foi nela que, como já exposto, se viu a possibilidade de geração de uma vida efetivamente através do meio científico, com a ocorrência do primeiro bebê de proveta do

mundo, ressaltando a importância – e se fazendo perceber a vinculação das formas assistidas de reprodução com os ramos mais complexos da Engenharia Gênica – de tal modalidade dentro dos limites evolutivos científicos, como bem assinala Hammerschmidt (2013).

Conforme aponta Ferraz (2011, p. 45), a "[...] fertilização *in vitro* consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora". Ommati (1999) estabelece tal técnica como sendo fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, de modo que o zigoto ou os zigotos permanecem sendo incubados *in vitro* até que atinjam um estado de maturação bastante para a transferência até o útero ou até às trompas.

Na fertilização *in vitro* ocorre, ainda, um processo de indução da ovulação através de tratamento hormonal de estrogênio. Desta forma, a mulher tende a liberar mais óvulos, facilitando a inseminação, porém em quantidade baixa o bastante para evitar a gravidez simultânea de duas ou mais crianças. Assim, após o prazo de trinta e seis horas de adequação dos óvulos, haverá a punção dos mesmos, com a consequente doação de material genético por parte do parceiro, ou mero recolhimento do material previamente congelado, sendo que óvulos e espermatozoides são analisados e postos no mesmo meio. A verificação de eventual fertilização se dá quarenta e oito horas após o citado, e, caso tenha ocorrido, os embriões serão inseridos no útero, com realização de teste de gravidez quatorze dias após a inserção (FERRAZ, 2011).

Weider (2007) aponta quatro condições indispensáveis para que o procedimento seja bem sucedido, sendo que a) o óvulo deve ter seu metabolismo funcionando perfeitamente; b) o óvulo deve ser penetrado pelo esperma, ambos se incorporando; c) o cromossomo e o núcleo do óvulo devem estar unidos; e d) devem também estar unidos o cromossomo e o núcleo do espermatozoide penetrante. Da mesma forma que a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga, sendo que aqui o material genético da mulher também pode advir de doadora, com a ocorrência possível, inclusive, de gestação no útero de terceira mulher, conhecida como maternidade de substituição (FERRAZ, 2011).

A Reprodução Humana Assistida com gametas, ou *Gamete Intrafallopean Transfer* (GIFT), também é método conhecido para o auxílio de pais no processo reprodutivo dificultoso. Como explana Ferraz (2011), através de laparoscopia, óvulos da mulher são captados, bem como o esperma, sendo colocados ambos numa cânula especial, preparados conforme o protocolo médico, sendo que tal junção é introduzida em cada uma das trompas de Falópio, onde a fertilização passa a ocorrer naturalmente.

Tal método se assemelha à fertilização *in vitro*, porém ocorre no interior do corpo feminino, não extracorporeamente, como a primeira. Assim, tal técnica exsurge como uma alternativa às fertilizações *in vitro* para o oferecimento de condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação para o embrião, o que reduz o risco de gravidez extrauterina, sendo, inclusive, mais aceita pela Igreja Católica (FERRAZ, 2011).

A penúltima técnica aplicável dentro dos moldes aludidos é a *Zygote Intrafallopean Transfer* (ZIFT), sendo variante da fertilização *in vitro*. Assim, os espermatozoides são postos em contato com os óvulos, sem que seja dentro do corpo da mulher, havendo a formação do zigoto com a fecundação. A diferença entre tal técnica e a GIFT é que "[...] nesta, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, nas trompas, enquanto na técnica ZIFT, ocorre fora do corpo da mulher" (FERRAZ, 2011, p. 48).

Tal técnica é indicada após um ano de tentativas de fecundação natural, além de para casais que falharam à estimulação ovariana com inseminação intrauterina durante cinco ou seis ciclos, sendo a ZIFT mais rápida que a GIFT, havendo menos chances, inclusive, de uma gestação múltipla (FERRAZ, 2011).

Tem-se, assim, a maternidade de substituição como alternativa para mulheres que não podem gestar um filho em decorrência da ausência de útero ou até mesmo à indicação médica para a não gestação, como a insuficiência renal grave. Conforme Ommati (1999) ressalva, não se trata de uma instrumentalidade *biológica*, mas da simples utilização da fertilidade de outra mulher para gestação, consoante a impossibilidade física da primeira mulher. Tal técnica também é utilizada por pares homossexuais, que a vê como solução para o problema da incompatibilidade de gêneros.

Ressalva que merece ser feita é a possibilidade de "[...] ser feita a distinção entre mãe portadora e mãe substituta, recebendo a primeira o óvulo do casal já fecundado, enquanto a segunda é inseminada com o esperma do marido da solicitante, fornecendo também o óvulo" (FERRAZ, 2011, p. 49). Assim, a mulher que carrega o feto pode não transmitir informação genética alguma ao feto, uma vez que todo o material genético adveio dos contratantes ou de terceiro.

Não há dúvidas de que tais modalidades de implantação de material genético acarretam inúmeras discussões no plano bioético, moral e jurídico, conforme se fará ver a seguir, sempre apelando à mínima regulamentação normativa para o fornecimento de respostas adequadas para os casos em tela.

3. ASPECTOS LEGAIS DOS PROCESSOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Não há como conceber a legalidade da instrumentação genética sem vinculá-la com a dignidade da pessoa humana. Petterle (2007), sabidamente quanto a tal relação de complementaridade e coexistência, firmou de vez a consagração pela Constituição Federal de tal dignidade por tê-la como norte que deve fundar a criação e existência do próprio Estado Democrático de Direito, sendo de observância obrigatória em todos os seus atos.

A dignidade, dentro do âmbito familiar oriundo da instrumentação genética, é auferida, de acordo com Brauner (2003, p. 1) na "[...] liberdade dos casais, enfatizando-se que daí origina-se o dever e a responsabilidade pelo filho que gerarem", sendo que a própria dicotomia do direito-obrigação do cuidado com a prole desvela a incidência imediata da dignidade humana, da liberdade familiar e, por óbvio, da própria intimidade.

A genética, para os fins ora arguidos, deve ser compreendida como "[...] resultado da síntese das leis da hereditariedade estabelecidas por Gregor Mendel (genética formal) e de estudos celulares e bioquímicos" (BERGEL, 2002, p. 319, tradução nossa). Desta forma, a noção hodierna da genética não engloba mais apenas a mera transmissão de informação por cromossomos ou congêneres, mas também todo o aparelho celular envolto no processo de reprodução humana. A questão passa a ser, então, a manipulação de tais informações e resultados em potencial.

A alteração gênica de um indivíduo – e a pretensa intervenção na formação natural de sua identidade – subsiste como paradoxo que permeia a noção racional de liberdade e a própria vida do porvir, isto porque a máxima racionalização da liberdade do progenitor – aqui equiparável a mero fabricante com livre disponibilidade da matéria-prima humana em tela – expressa como a livre escolha gênica de sua prole, interferiria diretamente no processo de autodeterminação deste novo ser, numa latente contradição liberal-filosófica.

O direito à identidade genética, assim, cuida-se de um direito fundamental implícito em toda a ordem constitucional pátria, repousando no sólido e amplo fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no próprio direito fundamental à vida, sendo dever inafastável a preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético, além do dever de fiscalização das entidades voltadas à pesquisa e manipulação genética (PETTERLE, 2007).

O direito à identidade, como garantia constitucional[2], traz consigo uma série de questionamentos que desbordam a mera exegese da identidade como *imagem*, desvelando o sentido da identidade como garantia de inviolabilidade e irrepetibilidade (AHMAD, 2009). Diferentemente de outros direitos em que se discute seu momento de surgimento e aplicabilidade, o direito à identidade tem início formal a partir do Assentamento Civil de Nascimento, ainda que seu surgimento substancial se dê desde a concepção (FRASER; LIMA, 2012).

No quadro geral da identidade como ferramenta eminentemente social, expõem Fraser e Lima (2012, p. 364, grifo nosso) que "[...] a identidade é um instrumento fundamental para a individualização social e jurídica do ser humano, e que pode ser compreendida como a *projeção pública de sua personalidade*". A questão genética passa a ser, assim, quanto às garantias de se permanecer como indivíduo irrepetível em todos os planos identitários, iniciando quanto à própria ascendência biológica.

De maneira contínua, é necessário, também, que se mantenha em vista antes de qualquer tentativa de manipulação gênica, que o genoma não corresponde a *todos* os traços do indivíduo, sendo que que a inteligência não tem a mesma carga de transmissibilidade hereditária do que a hemofilia ou a cor dos olhos (MORENO, 2014). São limites, assim, que desde já funcionam como barreiras circunstanciais a qualquer elemento volitivo controlador eugênico.

Nesta mesma senda, Kirste (2013, p. 183) aponta que "[...] o caráter absoluto da dignidade humana não é convincente quando há uma confrontação da dignidade contra outra dignidade", de maneira que nenhum caráter é absoluto dentro dos diversos contextos jusfundamentais e legislativos da Reprodução Humana Assistida.

O que merece ser levado em consideração, assim, é que o Brasil é um país lacunoso quanto à regulamentação de tais práticas apontadas, sendo que os axiomas constitucionais funcionam como critério balizador da atuação jurisdicional (FERRAZ, 2011). Dentro de tal quadro de vácuo normativo, é imperioso que o operador do Direito se mantenha atado com elementos morais e antropológicos que justifiquem a adoção de determinada decisão em detrimento de outra.

A própria teoria dos direitos fundamentais, assim, é o instrumento primeiro para a análise da lacuna de regulamentação do processo de Reprodução Humana Assistida, como

[2] Tal direito fundamental encontra-se insculpido no art. 5º, X da Constituição Federal, que versa: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

bem aponta Petterle (2007), tão logo a própria Carta Magna cuida do estabelecimento de fronteiras jurídicas mínimas, também aplicadas aqui, consoante ser também a reprodução assistida senda paradoxal que avoca o necessário equilíbrio jusfundamental. É em decorrência de tal relação que outros ramos do conhecimento jurídico perpetuam a própria existência, como o próprio Biodireito, que emerge num quadro de necessidade de analogia conjugada com escorreita aplicação axiológica de liberdades intersubjetivas.

O Biodireito, assim, exsurge em consonância com o quadro evolutivo técnico e científico, ante a emergência da regulamentação das práticas que lhe incumbem normatizar. Não há que se mencionar apenas o Biodireito, pois ele está intimamente ligado à Bioética, visto que aquele decorre deste. Tendo em vista tal panorama, Meirelles (2007) comenta que o Biodireito se ocupa da teoria, das normas e da jurisprudência inerentes às condutas reguladoras das ações humanas diante da mutação científica e da medicina. Para isso, o Biodireito deverá ser justo – sendo tal sentimento de justeza inegavelmente pautado no pensamento kantiano –, com a finalidade de uniformizar as legislações na busca de um ideal de justiça.

O aparecimento de um conjunto de valores morais, em relação de complementaridade com os fatos biológicos é o que dita o tom do próprio surgimento da Bioética, agora cingida de aplicabilidade dentro do Biodireito. Tais valores proporcionam discussões que com o evoluir histórico são normatizadas, seja através de normas fundamentais previstas em nossa Carta Magna ou através de princípios que serão norteadores para futuras normas infraconstitucionais, que podem ser editadas para suprir as lacunas legislativas – sempre em óbvia consonância axiológica (MEIRELLES, 2007).

O que expõe o estabelecimento de limites éticos é a necessidade de estipulação de um Biodireito que equilibre a impulsão ao avanço científico sem prejuízo dos próprios limites éticos *in casu*, afim de que as condutas ora praticadas estejam pautadas na conservação da vida, seja ela presente ou futura. Ademais, no que tange as matérias biomédicas, como, por exemplo, as formas de reprodução humana assistida, a Bioética traz os valores éticos e morais que se devem pautar os entes integrantes deste procedimento: médico, paciente e clínica de Reprodução Humana Assistida; e o Biodireito abordará as consequências que este traz para quando um princípio seja violado ou venha a violar garantias de terceiros.

A correlação entre Biodireito e sociedade civil é apontada por Souza *et al* (2008), vislumbrando-se a maior incidência do primeiro a partir da segunda metade do século XX, tão logo tal período marcou "[...] profundamente as relações sociais, sobretudo as familiares, [...] [*pressionando*] a ciência do direito a repensar e reformular institutos que se encontravam

sedimentados no ordenamento jurídico" (SOUZA *et al*, 2008, p. 298). Assim sendo, a bioética exsurgiu como ponteiro da balança entre o relacionamento de ciência e ética, almejando a promoção da dignidade humana e qualidade de vida.

A inviabilidade do direito permanecer estacionário dentro dos inúmeros embates éticos e jurídicos apresentados é questão urgente dentro de tal cenário. Neste sentido, asseveram Souza *et al* (2008, p. 301) que "na busca pela regulamentação do universo fático, o ordenamento jurídico não pode valer-se de concepções padronizadas e à margem do consenso social, devendo, para tanto, observar as peculiaridades das novas tecnologias e sua utilização".

Até pouco tempo, a única regulamentação existente acerca da Reprodução Humana Assistida no Brasil era a Resolução 1.358, do ano de 1992, oriunda do Conselho Federal de Medicina, instância máxima médica no país, sendo que tal resolução reafirmava "[...] os princípios gerais da inviolabilidade e da não comercialização do corpo humano, da gratuidade e do anonimato da doação" (CORRÊA; LOYOLA, 2005, p. 106).

Atualmente, o Conselho Federal de Medicina regulamenta no anexo único da Resolução 2.013, do ano de 2013, os elementos normativos essenciais, de observância compulsória por pacientes, clínicas, centros ou serviços das técnicas de Reprodução Humana, além da doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnósticos e tratamento de embriões, a gestação de substituição (doação temporária do útero) e, por fim, a reprodução humana assistida *post mortem.*

Nesta toada, a frágil regulamentação ocorrente no Brasil quanto à Reprodução Humana Assistida gera a (in)segurança jurídica da maternidade de substituição, uma vez que apenas o Conselho Federal de Medicina é que deixa claro que somente familiares poderão ceder o ventre, até mesmo por razões afetivas, para que o bebê possa permanecer em contato com o ventre que o gerou. No entanto, quando ocorrer uma situação em que uma amiga do casal, como, por exemplo, de casais homossexuais – exemplo mais vívido da jurisprudência –, onde a mesma cedeu o seu ventre, mas acabou desenvolvendo um envolvimento emocional com aquele que está sendo gerado, há margem para a ocorrência de um desconforto jurídico, podendo ocasionar uma grande disputa pela guarda do nascituro em questão. Contudo, cabe ressaltar que, dentro das margens bioéticas, o filho deverá ser daquele que detém a vontade procriacional.

A proibição de remuneração em tais casos de maternidade de substituição é ponto a ser destacado nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, tanto a de 1992 como a de 2013 (CORRÊA; LOYOLA, 2005). Mas deve-se considerar que a mãe portadora terá gastos

com a gravidez como vestuário, alimentação e transporte para consultas médicas e exames, além do tratamento psicológico para auxiliar na relação afetiva com o feto. Nestes casos, nada obsta a compensação financeira para cobertura de tais custos gestacionais.

Importante repisar que a cláusula de compensação traz à tona a discussão sobre a possibilidade deste ajuste ser considerado como uma remuneração, o que configuraria crime no Brasil, pois a comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da Lei 9.434, *in verbis*: "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Pena: reclusão de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa" (CORRÊA; LOYOLA, 2005). Por isso, não se observa atualmente a gestação por outrem como contrato de prestação de serviços, mas sim, como uma troca em favor do outro, motivada pela solidariedade e pela amizade. Quando uma situação como a exposta é levada ao Judiciário, pretende-se que o juiz, ao decidir, paute-se no homem médio e nas decisões mais recentes, tendo em vista as novas formações familiares e as diversas formas de instrumentação genética.

Como apontado alhures, o Brasil não dispõe de lei específica quanto à Reprodução Humana Assistida, sendo os contratos de material genético pautados pela fragilidade da Resolução da norma do Conselho Federal de Medicina. Inobstante, é importante ressaltar que o primeiro Projeto de Lei quanto ao tema, o PL 1184/03, já completa mais de uma década nas gavetas do Legislativo. De autoria do então senador no ano de 2003, Lúcio Alcântara, que também é médico, o Projeto de Lei 1184/03 traz à baila a regulamentação dos processos reprodutivos assistidos através de um texto normativo que contempla diversas lacunas até então existentes, conferindo seguridade legiferante ao tema ora desdobrado (MONTEIRO, 2013).

O Projeto de Lei 1184 aguarda, há dois anos, parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, sendo que tal texto legal é dividido em oito capítulos – desconsiderando os outros onze projetos atualmente apensos ao principal, que almejam outra redação à lei proposta – que possuem um amplo espectro de problemas discutidos, pontuando que "o *acesso* [à Reprodução Humana Assistida] é limitado à mulher sozinha ou ao 'casal' [...] que apresente uma patologia diagnosticada (sem que seja feita qualquer referência à sexualidade)" (CORRÊA; LOYOLA, 2005, p. 108, grifo do autor).

O ponto mais importante a ser destacado em ambas as resoluções do Conselho Federal de Medicina é, indubitavelmente, o anonimato do doador e do receptor do material genético, sendo que o fato de as gametas serem supranumerárias – e, assim, incidirem numa espécie de desperdício de material genético, num contraponto com a mentalidade católica de

reprodução natural – não é fator decisivo levado em consideração nos debates legislativos e éticos (PEDROSA NETO; FRANCO JÚNIOR, 1998). Desta forma, a preservação da identidade de ambos os contratantes – seja doador ou receptor – é premissa inafastável de tais contratos de Reprodução Humana Assistida, sendo tal reprodução assistida "[...] é ética e moralmente admissível, desde que respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar, a salvaguarda dos valores da reprodução, a licitude dos meios e dos fins e a utilização ética desses conhecimentos [...]" (PEDROSA NETO; FRANCO JÚNIOR, 1998, p. 123).

Diante dos critérios até então expostos, "[...] é imperiosa a complementação dos dispositivos que tratam do consentimento dos genitores e da fiscalização e autorização da pesquisa" (SOUZA *et al*, 1998, p. 307), tão logo os procedimentos de Reprodução Humana Assistida iriam ir de encontro à dignidade da pessoa humana, caso não fossem exigida a observância dos princípios da imparcialidade e da informação.

Pedrosa Neto e Franco Júnior (1998) apontam que a falta de regulamentação da Reprodução Humana Assistida não é problema exclusivo do Brasil, atingindo a imensa maioria da América Latina, consoante a tradição católica arraigada para o sobrestamento de inovações legislativas. Os mesmos autores apontam, ainda, que o texto da Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina manteve-se inalterado mesmo após processo de revisão em 1997, sendo abarcado em todos os Projetos de Lei até então.

Por fim, Ahmad (2009) vislumbra que a ausência de regulamentação de determinadas práticas de Reprodução Humana Assistida não significa a omissão final dos poderes republicanos. Pelo contrário, vê a autora o fato da eventual colisão de direitos fundamentais que o aporte reprodutivo assistido traz à tona ser justificativa razoável para a invocação da teoria da ponderação dos direitos fundamentais, já exposta linhas acima. Desta feita, a ponderação enquanto mecanismo fornecedor de respostas no caso em tela revela-se como "[...] uma clara prevalência valorativa dos interesses tutelados pela Constituição Federal, de forma a harmonizá-los nas circunstâncias da situação concreta, evitando o sacrifício completo de uns em detrimento dos outros" (AHMAD, 2009, p. 123).

É exigível, assim, a existência de um caso concreto para que a teoria constitucional se debruce. Não é possível, diante de tal contexto lacunoso de regulamentação legislativa, almejar a invocação da teoria da ponderação dos direitos fundamentais no cenário da Reprodução Humana Assistida sem a efetiva existência de um caso factível de direitos fundamentais em risco. É apenas através do risco tangível que a teoria adquire importância,

consoante a cristalina opção da Constituição pelo justo equilíbrio em todas as suas vertentes e hipóteses.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, enquanto ciência social aplicada aos mais diversos embates intersubjetivos – e não deve ser – fato social capaz de se furtar das inovações que a própria sociedade lhe impõe. Enquanto instituto multidisciplinar, traz consigo a imperiosa necessidade de interligar-se com os mais diferentes ramos do conhecimento, como, *in casu*, a medicina. Mas mais do que regulamentar práticas médicas, carece o direito de formar teias sociais que sejam aptas a ditar o desenvolvimento de todos os reflexos aparentes de um simples procedimento científico como a Reprodução Humana Assistida.

A alteração do sentido de família – e, em menor escala, da caracterização parental – é terremoto normativo que lança novas luzes sobre problemáticas aparentemente sedimentadas nas Ciências Jurídicas, tão logo a instrumentalidade científica corrobora novas modalidades de família e filiação, trazendo à baila uma série de paradoxos éticos e legais.

A própria Teoria Geral dos Contratos, elemento jurídico essencial, agora se desvela como equação integradora do *animus* procriacional apresentado, devendo levar em consideração mais do que a mera vontade dos contratantes, mas também a própria segurança necessária em tal instrumento: do anonimato das partes à eficiência do método escolhido. Não há dúvidas de que o próprio direito se mostra em xeque, com a própria sociedade civil o impelindo à reestruturação.

O Biodireito, ramo autônomo do conhecimento inegavelmente influenciado pela Bioética, emerge agora como critério balizador das diferentes relações jurídicas oriundas do novo processo de Reprodução Humana Assistida, e consonante com a fragilidade da segurança jurídica de tal instrumentalidade no Brasil, urge o estabelecimento de uma base legislativa minimamente integradora do conhecimento técnico-científico e do jurídico, sendo o Legislativo pátrio poder falho em tal missão até então.

Confrontar os limites éticos do saber científico, neste caso, é o território minado com o qual a presente construção teórica se depara. Equacionar vontades e superar consensos sociais arcaicos e arraigados também são elementos que exsurgem para dar maior substancialidade ao desafio jurídico proporcionado por (mais esta) evolução social. Não há que se falar, assim, em resposta objetiva – ou definitiva – para as dificuldades éticas

apresentadas, mas sim em formação de uma estrutura de conhecimento – empírico e teórico, neste caso – que possibilite o desenvolvimento de mais esta relação jurídica, sendo imperiosa a promulgação de base normativa mínima que guie não só o operador do direito, mas todo e qualquer cidadão que busque mais esta resposta do Estado.

REFERÊNCIAS

AHMAD, R. B. R. **Identidade Genética e Exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, R. Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: produzindo classes distintas de mulheres? In: GROSSI, M. *et al* (orgs.). **Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas:** Questões e Desafios. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 41-52.

BERGEL, S. D. Los Derechos Humanos entre la Bioética y la Genética. In: **Acta Bioethica**, ano VIII, n. 2, 2002, p. 315-331. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/ abioeth/v8n2/art11.pdf>. Acesso em 11 fev. 2015.

BRAUNER, M. C. Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental. In: **Bioética**, UFRGS, 2003. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

CORRÊA, M.; LOYOLA, M. A. Reprodução e Bioética: A Regulação da Reprodução Assistida no Brasil. In: **Caderno CRH**, Salvador, v. 18, n. 43, p. 103-112, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.cadernocrh.ufba.br/viewarticle.php?id=40&locale= en>. Acesso em 31 dez. 2014.

DIAS, M. B.; REINHEIMER, T. L. **A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas**. 2012. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_ reprodu%E7%E3o_assistida_heter%F3loga_nas_uni%F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf>. Acesso em 31 dez. 2014.

FERRAZ, A. C. B. B. C. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família**. Curitiba: Juruá, 2011.

FRASER, R. T. D.; LIMA, I. M. S. O. Intersexualidade e Direito à Identidade: Uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. In: **Journal of Human Growth and Development**, v. 22, n. 3, p. 358-366, 2012.

HAMMERSCHMIDT, D. **Intimidade Genética e Direito da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

KIRSTE, S. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 175-198.

MEIRELLES, J. M. L. **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTEIRO, M. **Reportagem especial analisa a regulamentação da Reprodução Humana Assistida no Brasil**, 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/ camaranoticias/noticias/SAUDE/433719-REPORTAGEM-ESPECIAL-ANALISA-A-REGULAMENTACAO-DA-REPRODUCAO-ASSISTIDA-NO-BRASIL.html>. Acesso em 31 dez. 2014.

MORENO, J. A. C. Eugenesia, Genética y Bioética: Conexiones Históricas y Vínculos Actuales. In: **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 30, jan. 2014, p. 66-76. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n30/original4.pdf>. Acesso em 15 fev. 2015.

MURCIA-LORA, J. M.; ESPARZA-ENCINA, M. L. Ventajas de la Reproducción Humana Natural. In: **Persona y Bioética**, Navarro, v. 13, n. 1, jan./jun. 2009, p. 85-93. Disponível em: < http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v13n1/v13n1a07.pdf>. Acesso em 10 fev. 2015.

OMMATI, J. E. M. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, 1999, p. 229-238. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r1 41-17.pdf>. Acesso em 19 nov. 2014.

PEDROSA NETO, A. H.; FRANCO JÚNIOR, J. G. Reprodução Assistida. In: COSTA, S. I. F. *et al*. **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 111-124. Disponível em: <http://www.cro-rj.org.br/fiscalizacao/etica%20principios%20 de%20bioetica.pdf>. Acesso em 01 jan. 2015.

PETTERLE, S. R. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROULAND, N. **Nos confins do Direito:** Antropologia Jurídica da Modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOUZA, A. R. *et al*. A Constituição e a regulamentação da Reprodução Humana Assistida. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008, p. 296-317.

WEIDER, R. **Reprodução Assistida:** Aspectos do Biodireito e da Bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.