

ANOMIA NO BIODIREITO E SEUS IMPACTOS NA BIOÉTICA: UMA ANÁLISE DA INEXISTÊNCIA DE NORMAS REGULAMENTADORAS PARA AS QUESTÕES DE GENÉTICA E REPRODUÇÃO

JARCILENE NATÁLIA APARECIDA DE MELO

Graduanda em Direito pelo UNIPTAN

jarcilene.melo@hotmail.com

JUNIO DA SILVA DAS CHAGAS

Graduando em Direito pelo UNIPTAN

juniorchagascxc@gmail.com

REBECCA LARISSA DOS SANTOS LEANDRO

Graduanda em Direito pelo UNIPTAN

rebeccapmt22@gmail.com

Resumo: A pesquisa teve como tema a análise da anomia no biodireito e seus impactos no campo da bioética que, em resumo, visou discutir a ausência de uma legislação específica que regule em âmbito nacional as tratativas relacionadas ao julgamento de questões que envolvam o biodireito na seara judicial, sendo certo que os magistrados, além dos princípios gerais do direito, contam, atualmente, apenas com a deontologia médica através da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2320/2022, o que gera conflitos jurídicos, uma vez que os casos concretos requerem respostas para problemas transpositivos. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica a partir da análise da resolução retromencionada, doutrina e jurisprudência relativa ao tema investigado. Concluiu-se com o presente trabalho que é necessária a criação de um compêndio de normas que regulem o biodireito em âmbito nacional, de modo que se tenha uma diretiva a ser seguida na análise dos casos concretos, criada pelo próprio poder legislativo que, em *ultima ratio*, cumprirá seu papel constitucional de representatividade política e dará uma resposta a questão social tão relevante.

Palavras-chave: Biodireito, Bioética, Princípios Gerais do Direito, Ausência de Normas Regulamentadoras, Material Genético, Atualidades.

Introdução:

A presente pesquisa teve como escopo central a análise do impacto da anomia, ou seja, ausência de normas que regulam o biodireito em caráter nacional e seu impacto no campo da bioética.

Como problema de pesquisa teve-se o seguinte: “O avanço da biotecnologia: quais suas reverberações no biodireito ante a ausência de normas regulamentadoras, haja vista a limitação do direito em acompanhar o ritmo das transformações que têm ocorrido nessa área do conhecimento?

A justificativa para a existência do problema em tela foi a falta de maturidade/interesse dos legisladores em colocar em debate questão polêmica (biodireito) e que vai contra a uma série de dogmas religiosos e morais.

Por objetivo geral visou-se delimitar se de fato é importante a existência de um compêndio de normas que regulem o biodireito e se isso conferiria segurança jurídica nas decisões afetas às questões do biodireito, do que os princípios hoje utilizados, bem como seu impacto social. Em sequência, os objetivos específicos foram divididos em 1) determinar a importância da existência de uma normativa que regule o biodireito em âmbito nacional; 2) definir relevância da normativa nas questões genéticas e de reprodução no âmbito do biodireito; e 3) elucidar qual prevalece: os princípios ou o biodireito.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica a partir da análise da resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2320/2022, doutrina e jurisprudência relativa ao tema investigado.

Por fim, a presente pesquisa foi dividida nos seguintes capítulos: 1) Delimitação Histórica da Dignidade Humana: a Declaração Universal dos Direitos Humanos como garantidora dos Direitos Humanos em âmbito global; 2) A influência da Declaração Universal

dos Direitos Humanos para o Direito Atual; 3) Dos princípios da Bioética e do Biodireito em esfera nacional; 4) Análise jurisprudencial; 5) A problemática da anomia frente à efetivação do princípio da Dignidade Humana nas questões envolvendo o Biodireito; 6) O Conselho Federal de Medicina e as novas normas para as técnicas de reprodução assistida; e, finalmente, 7) Considerações finais.

1-Delimitação Histórica da Dignidade Humana: a Declaração Universal dos Direitos Humanos como garantidora dos Direitos Humanos em âmbito global

Em se tratando do problema apresentado, qual seja, a anomia que circunda o biodireito e que faz com que a bioética torne-se responsável, em suma, por dar baliza aos avanços da biotecnologia, de modo a dar azo aos princípios da dignidade da pessoa humana, é que surge a necessidade de se investigar, no escopo deste trabalho, a importância da existência de um compêndio de normas, que torne, de certo modo, mais “segura” a decisão dos juízes quando se depararem com casos que envolvam a decisão entorno da vida humana.

Fato é que a ciência jurídica é inerente à existência dos seres humanos, tendo, para tanto, papel primordial na solução de contendas e garantindo necessidades humanas através dos tempos. Ressalta-se que a despeito da ciência jurídica ter sido criada com a base de dirimir litígios e garantir interesses, certo é que historicamente era utilizada para favorecimento de interesses prioritariamente de fins individuais e em interesse de uma só classe- a dominante. Exemplo disso é o caso dos monarcas que detinham para si todo o poder, ou seja, eles centralizavam em uma só figura o poder de legislar, de fiscalizar e de julgar (Romão, 2018).

É nessa toada, que mais tarde, Montesquieu, iluminista francês do século XVIII, surgiu com a ideia de acabar com o poder absoluto que estava concentrado nas mãos dos monarcas, propondo, então, a ideia de descentralização do poder político, dividindo-se agora a esfera única de poder em pessoas ou órgãos distintos (mais tarde pessoas jurídicas de direito público), os poderes executivo, legislativo e judiciário, para que assim, as decisões fossem minimamente justas (SOUZA, 1996, p. 104).

Apesar de tal avanço, fato é que seria muito difícil desconsiderar que haviam alianças pré- estabelecidas, ou seja, por se concentrarem em pessoas poderosas, elas acabavam trocando

favores entre si, o que, por si só, retirava o ideal de justiça preconizado com a tripartição do poder político. A partir daí uma série de desigualdades continuaram sendo perpetradas, a exemplo da humilhação dos pobres, a escravização, etc.

Para evitar isso, surge, mais tarde, com o advento do pós-segunda guerra mundial, a figura da Declaração Universal dos Direitos do Homem –DUDH (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), que era um compêndio de normas gerais do direito que, em suma, pela primeira vez na história, trazia à baila, de modo positivado e em âmbito universal, a figura da Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio veio para dar um basta nas atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais, onde era possível “categorizar” aqueles seres humanos tidos como “não-normais,” reduzindo-os à qualidade de objeto e, por consequência, possibilitava-se a existência de experimentos médicos sem quaisquer balizas éticas, mals-tratos e morte em massa visando, precipuamente, “arianizar” a população europeia (FOUCAULT, 2004, p. 248).

A DUDH foi um avanço histórico na luta pelo reconhecimento de que todo ser humano, independente de quaisquer fatores subjetivos, possui a garantia da Dignidade Humana, ou seja, se é ser humano deve ser tratado com Dignidade e Respeito (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Ela foi a responsável por ajudar a punir as barbaridades cometidas no período entre guerras, com o Julgamento de Nuremberg, que condenou os responsáveis pela barbaridade aos olhos dos Direitos Humanos.

A Dignidade Humana, portanto, nivela todos os seres humanos à condição de merecedores de respeito e que, independente de quaisquer fatores, pelo simples fato de nascerem humanos, devem ter seus Direitos Humanos resguardados. Assevera-se que a partir de seu advento e dada sua importância para a manutenção da paz, uma série de países, dentre eles o Brasil, tomaram para dentro de seus ordenamentos o espírito da DUDH, conforme será exposto em tópico abaixo.

2. A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos para o Direito Atual

É nessa conjuntura de criação da DUDH que os países signatários, dentre eles o Brasil, beberam da fonte de tal instituto jurídico e trouxeram para seu ordenamento jurídico a figura da Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio jurídico tem tanta importância para o Estado brasileiro que ele é considerado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como um

dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Logo, em se considerando que o Direito vem para dar resposta às demandas que lhe são propostas, visando, precipuamente, a pacificação social e evitar retrocessos, a exemplo do ocorrido no período entre guerras, vem, o Texto Constitucional de 1988 (BRASIL, 1988), consagrar a importância da Dignidade Humana como um princípio fundante do Estado brasileiro, sendo, literalmente, o alicerce para construção do ordenamento jurídico. Sendo assim, em sendo o alicerce, o princípio supramencionado deve ser também a base para a interpretação de todos os institutos que circundam a Constituição Federal, sob pena de dar máculas ao principal destinatário dela, qual seja, o respeito aos Direitos Humanos.

Nesse ínterim, pode-se inferir que as normas insculpidas no Texto Constitucional e que dizem respeito a matéria em questão, não são, de todo, normas específicas que irão solucionar o problema de modo uniforme. Isso porquê, as normas que dizem respeito aos limites bioéticos para avanço da biotecnologia são os princípios, ou seja, mandamentos genéricos e que se aplicam a uma infinidade de casos, que não só os atinentes à problemática aqui tratada. Além do mais, é preciso ter humildade para reconhecer que se não há normas específicas tratando sobre o tema, os doutos julgadores devem se pautar por esses princípios (genéricos), que possibilitam a existência de uma série de interpretações conflitantes a respeito de uma mesma matéria, acarretando, por consequência lógica, na insegurança jurídica.

Por fim, ainda nessa lógica de decisões conflitantes em razão do julgamento com base em princípios, pode-se, por óbvio, acontecer de um juízo conceder liminarmente (se é que é possível) alguma medida que utilize o avanço tecnológico, por exemplo, na procedência de uma ação, pautada na dignidade humana (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), para que seja possível a possibilidade de escolha do fenótipo (cor da pele, olhos, cabelos, porte físico, etc) do embrião, em razão da idade avançada da gestante e os riscos decorrentes de uma gravidez tardia, por exemplo, e essa decisão, uma vez que proferida no juízo de piso, poderia, diante dos mecanismos processuais, ser executada e implementada na vida real. Ou seja, instalado esse cenário, uma vez o embrião em tela ter sido implantado no útero da gestante, por óbvio não haveria a possibilidade de cassação daquela sentença e no desfazimento dos efeitos que ela causou, porquanto trata-se de um embrião em desenvolvimento.

Nessa esteira de discussão é que se faz necessária a delimitação de quais são os princípios utilizados para tratar da temática em tela, bem como a delimitação do que é biodireito e a bioética, o que se fará em tópico abaixo.

3. Dos princípios da Bioética e do Biodireito em esfera nacional

Segundo Edson Tetsuzo Namba (2009) apud Pereira (2015,p.1) traz à discussão os dizeres de Baracho, que entrelaça os ramos ético e jurídico:

O Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina. **O Biodireito questiona sobre os limites jurídicos da licitude da intervenção técnica possível.** (grifos nossos)

Nesse ínterim, necessário se faz observar também a origem histórica dos conceitos de Biodireito e Bioética que, encontram-se diretamente ligados um ao outro na busca pela proteção de Direitos Fundamentais, bem como a uma evolução digna da vida e dos avanços que a circundam. Nesse sentido, tem-se que após os eventos ocorridos na Segunda Guerra mundial onde experimentos genéticos e segregacionistas aconteceram no período nazista, surge então a necessidade de abarcar tais questões desenvolvendo formas de limitar as ações que envolvem a dignidade da vida humana.

Em um momento de evolução escalonar, a Bioética e o Biodireito ante a ausência de normas pautam-se em princípios norteadores que visam determinar decisões coerentes e respaldadas em aspectos essenciais para a preservação dos conceitos éticos e legais de uma sociedade que não admite mais violação de direitos básicos, assim, necessário se faz conhecer e compreender tais princípios, identificando-os na tomada de decisões jurídicas em casos práticos, buscando compreender a efetiva aplicabilidade destes ou até mesmo identificando uma necessidade de criação urgente de normas que sustentem de maneira mais profunda os resultados obtidos em demandas dessa alçada. (Maria Helena Diniz, 2010)

Dessa forma, apresentam-se como princípios da Bioética o princípio da autonomia da vontade das partes; o princípio da beneficência; o princípio da não maleficência; o princípio da reverência à vida e o princípio da justiça. Observa-se que, cada um desses princípios busca a proteção integral do ser humano, garantindo-lhe a busca pela segurança na realização de procedimentos e desenvolvimento técnico-científico. (Pereira, 2015)

Princípio da autonomia: Considerado um braço do princípio da autonomia da vontade das partes, esse princípio determina que a vontade do indivíduo alvo dos avanços e pesquisas, tenha em suma sua vontade respeitada, observando-se as suas crenças, ideias e costumes desde que estejam dentro das possibilidades apresentadas e que não firam os direitos básicos do ser humano. (Pereira 2015)

Princípios da beneficência e da não maleficência: Considerados princípios complementares um ao outro determinam respectivamente que durante os procedimentos médicos ou de pesquisas, o indivíduo não seja exposto a danos ou prejuízos inerentes à sua integridade física e psíquica. Sendo assim, seus maiores objetivos são detectar e impedir a realização de procedimentos ilegais. (Pereira, 2015)

Princípio da reverência à vida: Originalmente desenvolvido por Darlei Dall'agnol, tal princípio sustenta que o maior bem a ser tutelado de acordo com os ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, ou seja, a vida deve ser protegido acima de qualquer interesse, haja vista que o ser humano não deve ser tratado como um "produto" de meio, não deve ser considerado objeto para manobras e descobertas, mas deve se justificar em si mesmo através de sua preservação. (Pereira, 2015)

Princípio da justiça: Considera o tratamento igualitário entre os indivíduos, independentemente de sua classe social, seu gênero, crenças, raça ou qualquer outro fator que gere distinção entre os seres humanos. Conforme preceitua Maria Helena Diniz, busca, de modo geral, um tratamento equivalente no que se refere aos aspectos como riscos, benefícios ou encargos gerados pelos serviços e estudos concernentes a saúde e bem-estar do indivíduo. (Maria Helena Diniz, 2010)

Tem-se por consequência da aplicação dos princípios supracitados um embasamento para as condutas de desenvolvimento tecnológico e científico. Sendo assim, para além da observância dos princípios bioéticos, a associação destes aos princípios constitucionais que revelam a relação com o Biodireito é essencial ao entendimento pleno da problemática.

Advindos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os princípios do Biodireito em esfera nacional surgem de um dos principais fundamentos do Estado Democrático

de Direito, a saber: a dignidade da pessoa. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2010,p 17) preceitua que:

[...] a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se se estiver atento à dignidade humana. Daí ocupar-se a bioética de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana (...) considerando a dignidade humana como um valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar. Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade.

Outrossim, apresentam-se como princípios do Biodireito Brasileiro os seguintes: o princípio da precaução, o princípio da responsabilidade, o princípio da autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Princípio da precaução: Considera que as ações envolvendo os atos do profissional frente as questões do Biodireito, devem observar os riscos inerentes às atividades desenvolvidas, buscando tomar todas as precauções possíveis no que tange aos riscos e resultados que não podem ser revertidos. (Pereira, 2015)

Princípio da responsabilidade: Considera a possibilidade de responsabilização nas esferas administrativa, cível e criminal em casos de não observância do dever jurídico de seguir os acordos previamente estabelecidos. Refere-se à aplicação de normas jurídicas e de responsabilização das partes. (Pereira, 2015)

Princípio da autonomia privada: Não se refere a uma liberdade absoluta, no entanto, visa respeitar e considerar a vontade dos indivíduos oferecendo a estes uma percepção em decidir sobre aquilo que consideram ideal dentro de seus objetivos e comportamentos. (Pereira, 2015)

Princípio da dignidade da pessoa humana: Já citado anteriormente, preocupa-se de modo geral assegurar o desenvolvimento do ser humano em aspectos gerais, principalmente nos aspectos físicos e psíquicos.(Constituição da República Federativa do Brasil, 1988))

Dado o exposto, conclui-se que, apesar da individualidade e independência dos princípios da Bioética e do Biodireito, em dado momento necessária se faz a intersecção entre eles, para que assim, sua aplicação seja feita de forma concreta em casos práticos atrelando-os às normas jurídicas.

3.1. Análise Jurisprudencial

Como foi possível observar anteriormente, um dos grandes impasses na resolução de demandas que envolvem o Biodireito, a Bioética e o Direito Médico refere-se à ausência de normas regulamentadoras específicas, sendo que os princípios tornam-se o método mais próximo de fazê-lo. No entanto, há de se questionar a eficácia da aplicação desses princípios, haja vista que as decisões pautadas nestes ficaria relacionada ao entendimento e crenças do julgador em cada caso.

É necessário entender que a não existência de norma jurídica que provoca o sistema diante de sua problemática não pode cercear sua resolução. Ademais, compreender que nunca existirá uma norma que supra todas as demandas sociais, desmistifica a incessante busca pela regulamentação imediata, principalmente no que concerne às questões genéticas e de reprodução.

Segue abaixo a análise de um caso real em que uma demanda envolvendo questões genéticas e de reprodução foi abordada pela aplicabilidade desses princípios, nesse sentido, o que se questiona é a segurança jurídica dos feitos, bem como a base para recursos da parte que se sentir prejudicada com tais decisões. Diante da ausência de normas, uma lacuna se forma tanto no que tange ao respaldo das decisões, bem como na forma de refutá-las caso esse seja o entendimento das partes.

Atualmente, no Brasil, uma das questões mais recorrentes do judiciário no que se refere às questões de Biodireito e de Bioética, são os procedimentos de fertilização “in vitro” e o uso de embriões excedentários no pós morte, é o caso apresentado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6):

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO

ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

Extrai-se de um dos votos do Acórdão do Recurso supracitado que;

[...] o Código Civil se limitou a fixar o momento no qual a autorização deveria ser prestada - prévia e antecedente ao procedimento -, porém não estabeleceu a forma para que tal aquiescência fosse concedida. Em análise ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada. Ademais, frente à ordem jurídica contemporânea, é cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas, motivo pelo qual os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais, podendo se realizar sob qualquer modalidade. Assim, não havendo forma prescrita em lei, evidencia-se a ocorrência de atos ou negócios jurídicos consensuais, os quais independem de solenidade ou formato especial, nos termos do disposto no artigo 107 do Código Civil.

No trecho supracitado, especifica-se que apesar de tentar abarcar as questões que envolvem a utilização dos materiais excedentários nos procedimentos de fertilização “in vitro”, a legislação brasileira deixa lacunas expressas quanto às formas que envolvem o método. Assim é também, com todos os outros ramos e aspectos que envolvem o Biodireito.

Nesse sentido, o tópico abaixo se incumbirá de demonstrar os problemas advindos da ausência de uma normativa nacional para a elucidação dos casos e o consequente embate jurídico que pode haver se houver a perpetuação da anomia no biodireito, tendo em vista que questões diversas emergem diariamente na biotecnologia e, assim sendo, os princípios são meios genéricos que podem eventualmente culminar em maiores dúvidas do que respostas.

4. A problemática da anomia frente à efetivação do princípio da Dignidade Humana nas questões envolvendo o Biodireito

A temática a ser abordada neste estudo, qual seja, A FERTILIZAÇÃO IN VITRO, gravita entorno do ideal do princípio da Dignidade Humana, porquanto questões atinentes ao Biodireito não possuem regulação legislativa em nosso país, tendo a questão sido tratada aos olhos da bioética e quando algo dessa magnitude alça às portas do judiciário surge o impasse: a aplicação dos princípios jurídicos é suficiente para dar azo à proteção da Dignidade Humana? Dignidade Humana para quem? Somente a aplicação dos princípios causa insegurança jurídica

diante da multiplicidade de interpretações e decisões conflitantes? Qual a importância ou o perigo da criação de precedentes com base em princípios (insegurança)?

Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre a temática da fertilização *in vitro* no Direito Brasileiro a define como, *in fine*:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. Com a ectogênese surgem certas situações inusitadas como, por exemplo:

- a) fecundação de um óvulo da esposa com esperma do marido, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
- b) fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) fecundação, com sêmen do marido, de um óvulo não pertencente à mulher, mas implantado no seu útero;
- d) fertilização, com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa, com imissão do embrião no útero dela;
- e) fecundação na proveta de óvulo da esposa com material fertilizante do marido, colocando-se o embrião no útero da própria esposa;
- f) fertilização, com esperma de terceiro, de óvulo da esposa, implantado em útero de outra mulher;
- g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa com sêmen do marido, congelando-se o embrião, para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido, seja implantado no útero da mulher ou no de outra. (Diniz, 2001, p. 37).

Como se denota pelo excerto acima colacionado, há uma série de possibilidades de se realizar o procedimento em questão, sendo, portando, este trabalho, destinado a analisar as implicações jurídicas de tal inovação: é admitida no direito brasileiro?; Há alto índice de judicialização dessas questões?; Utiliza-se mais princípios ou há um compêndio de normas para julgar? Qual a reverberação no direito sucessório e quais as reverberações jurídicas?

Como marco teórico será utilizado uma série de produções, como a de Maria Helena Diniz, que acerca da temática da fertilização *in vitro* aduz:

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer

o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, entusiasmou a Embriologia e a Engenharia Genética, constituindo um grande desafio para o Direito e para a Ciência Jurídica pelos graves problemas jurídicos que gera; **sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre a responsabilidade civil por dano moral e patrimonial que venha a causar.** (grifo do nosso) (Diniz, 2001, p. 38).

Com o excerto acima colacionado, vislumbra-se uma noção geral acerca da temática sob a visão da autora, que enxerga que os avanços biotecnológicos são um avanço para a humanidade, contudo não existem limitações positivadas para evitar a violação de eventuais barreiras legais (ainda inexistentes).

Preleciona ainda, o seguinte:

Necessário será refletir sobre essa técnica conceitual, apontando as consequências jurídicas que aquelas situações poderão criar, sem contudo, olvidar os remédios para sua possível solução, apresentando algumas sugestões de lege ferenda para minimizar, em pequena escala, seus efeitos tão negativos. Isto é assim porque, com a fertilização assistida, no porvir, poder-se-á ter uma legião de seres humanos feridos na sua constituição psíquica e orgânica, e além disso, o anonimato do doador do material fertilizante traz em seu bojo a possibilidade de incesto e dedegeneração da espécie humana. **Essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo.** Urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um **experimento de laboratório, o que pode trazer graves consequências para o casal, e para o filho, futuramente, com traumas, incestos etc...** (grifo do autor) Dever-se-á, no nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização in vitro e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de ordem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade. É preciso que o filho seja transcendência genética de seus pais, permitindo-se, somente, a inseminação artificial homóloga inter vivos, em mulher casada ou em união estável, com autorização do marido ou do companheiro, desde que não haja risco à incolumidade da gestante e do nascituro e seja absolutamente necessária por motivos terapêuticos (DINIZ, 2001,p. 38), (grifo nosso)

Comentando a exposição da autora, há o entendimento de que há a necessidade de se controlar as manipulações genéticas, não só por normas bioéticas, mas, também, para reforçar inclusive a responsabilização cível, criminal e administrativa do profissional, de modo a delimitar o que pode ou o que não pode ser feito por esses profissionais.

Além do que, tal autora, preleciona uma série de reverberações éticas- jurídicas com relação à técnica de Fertilização *in vitro*, tais como:

1) desequilíbrio da estrutura básica do casamento, visto que a procriação deixa de ser obra pessoal e indelegável dos esposos, não mais tendo função biológica e institucional, porque a reprodução humana assistida fará com que o fundamento genético não coincida com o institucional;

2) ausência de consentimento do marido que poderá ser motivo justificador da separação judicial, configurando-se a injúria grave, uma vez que a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do consorte, fazendo-o assumir um dever indesejado. Por tal razão, seria imprescindível a exigência de anuência escrita, com impressões digitais ou firma reconhecida, da mulher e do marido, devidamente esclarecidos do processo a que se submeterão;

3) possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, por ter sido utilizado esperma congelado de pessoa já falecida, ainda que seja o marido de sua mãe, ou por ter havido fecundação in vitro de óvulo de mulher morta, ou por ter ocorrido o óbito de mãe genética antes que o embrião congelado seja colocado no útero de mãe biológica. É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão de morte de um dos consortes. **E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva post mortem, pois não estava gerado por ocasião do óbito de seu pai genético.** Conseqüentemente, de lege lata, será filho extramatrimonial. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução humana assistida post mortem, e se, porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios; (destaque nosso)

4) modo de obtenção do sêmen, sendo de boa política legislativa a estipulação das formas de coleta do líquido seminal, vedando, por exemplo, que seja obtido durante relação sexual do marido com outra mulher (...) (DINIZ, 2001, p. 38).

Diante dos excertos colacionados acima, este trabalho questiona a problemática a respeito da manipulação genética sem limites, porquanto vários casos que ainda não foram pacificados na jurisprudência e são novidades, ainda são processados individualmente e, como já dito, passam pelo crivo da insegurança jurídica, haja vista que cada julgador tem seu ponto de vista a respeito da temática. Ademais, certamente é de se levar em conta que os magistrados devem pautar seus julgamentos com base na imparcialidade, soma-se a isso, o Texto Constitucional aduz que é livre aos magistrados utilizarem de todos os meios legais possíveis, dentre eles os princípios, para darem azo à sua decisão. Ou seja, em não havendo uma normativa específica que regule cada caso, é possível atribuir a responsabilidade direta ao magistrado ao decidir uma questão com base na sua possibilidade de livre convencimento? Ou eventuais abusos devem recair sob as costas dos legisladores, estes imaturos, sem conhecimento a respeito da matéria ou até mesmo desinteressados de transformar tal questionamento em pauta para discussão?

4.1 – O Conselho Federal de Medicina e as novas normas para as técnicas de reprodução assistida

Ainda versando a respeito da ausência de legislação específica, em setembro de 2022, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou resolução (2.320/2022) com novas normas sobre Reprodução Assistida (RA). O CFM justifica que, como ainda não existe legislação específica sobre assunto aprovada pelo Congresso, é preciso que o Conselho continue editando resoluções, aperfeiçoando as regras.

Impende salientar, que em 2003, o Senado Federal aprovou projeto ([PLS 90/1999](#)) que visava criar uma norma geral que regulamentasse a Reprodução Assistida no Brasil. Em consulta ao site do Senado pôde-se vislumbrar que o referido PLS, na data de fechamento desta pesquisa, qual seja, segundo semestre de 2023, consta como ultimo estado de andamento “aguardando decisão da Câmara dos Deputados”, datado de 08/01/2007. Assevera-se, ainda, que o PLS em comento possuía status de prioridade de tramitação, além de ter que ser discutido em plenário, dada a magnitude da temática relacionada. A esse respeito, ainda em consulta ao extrato da tramitação do projeto em questão, há de se ressaltar que consta como dados complementares a seguinte diretiva: “Define normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro”, proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical.

Diante do que fora exposto, fato é, que apesar de o poder legislativo ter sido chamado a tratar dessa questão pontual que envolve a regulamentação dos procedimentos de inseminação artificial e veda a clonagem radical, certamente que há uma imaturidade do Legislativo Federal em tratar tal temática no plenário, o que se verifica pela demora de cerca de 16 (dezesesseis) anos desde a ultima provocação, chamando mais atenção ainda o fator de que a proposta foi apresentada em 2003, perfazendo teratológicos 20 (vinte) anos sem resposta. Nesse sentido, especial atenção merece a transcrição proveniente da “Rádio Senado” que confirma o aqui expendido, nos seguintes termos:

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA EDITOU RESOLUÇÃO COM NOVAS REGRAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM 2003, O SENADO APROVOU UM PROJETO COM NORMAS PARA A REPRODUÇÃO ASSISTIDA, MAS A MATÉRIA AINDA AGUARDA ANÁLISE DA CÂMARA. REPORTAGEM DE REGINA PINHEIRO: As técnicas de Reprodução Assistida têm o papel de auxiliar no processo de geração de uma criança, a partir da doação de óvulos e espermatozoides e preservação desses gametas, de embriões e tecidos germinativos. O Conselho Federal de Medicina manteve a maioria das regras editadas no ano passado, como idade máxima de 50 anos para candidatas à gestação por técnicas de reprodução assistida; proibição da escolha do sexo da criança; proibição de se obter lucro

com a doação de óvulos, espermatozoides ou embriões e idade limite de 37 anos para mulheres e 45 anos para homens fazerem a doação. Continua proibido o ganho financeiro com a cessão temporária do útero, a chamada “barriga de aluguel”. Entre as mudanças, está a retirada do trecho com permissão específica para o uso das técnicas de Reprodução Assistida por heterossexuais, homossexuais e transgêneros. A resolução manteve que todas as pessoas capazes podem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida. A decisão do CFM também excluiu a possibilidade de descarte de embriões congelados com três anos ou mais por vontade do paciente ou por descumprimento de contrato com a clínica. Ao expor os motivos da resolução, o Conselho Federal de Medicina alegou que até o momento não há uma legislação específica no Brasil que regule a Reprodução Assistida, por isso, há a necessidade da edição de resoluções pelo CFM com adequações para o aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bióticos, que ajudam a dar maior segurança e eficácia a tratamentos. Desde 2003, projeto aprovado pelo Senado com normas sobre Reprodução Assistida aguarda análise da Câmara. A proposta é de iniciativa do então senador Lúcio Alcântara e teve relatoria na época do senador Tião Viana, ambos médicos. No início dos anos 2000, Tião Viana já ressaltava a necessidade de se ter uma legislação específica sobre o assunto: Em 1984, o Brasil apresentou à sociedade o primeiro bebê de proveta e, até hoje, não tem uma legislação que estabeleça regras, normas bem claras a respeito do assunto. Estamos ainda à mercê de uma decisão do Conselho Federal de Medicina, que estabelece algumas regras e algumas decisões sobre o tema. Entregamos, uma decisão tão complexa, que envolve o ser humano, na sua essência, no seu código genético, a uma norma apresentada pelo Conselho Federal de Medicina. A nova resolução do Conselho Federal de Medicina ainda acabou com o limite máximo de oito embriões gerados em laboratório. Agora, o número total de embriões será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos para o útero logo depois do seu processo de formação, conforme determinado pela Resolução. Os embriões excedentes serão congelados.

Ora, pois, tais fatores dão azo à interpretação de que o Legislativo Federal, que deveria se debruçar sobre o tema e discutir propostas para se chegar a uma regulamentação legal aplicável à espécie, tão somente, tem protelado a tratativa e deixado a responsabilidade para tratar de tais assuntos nas mãos do Conselho Federal de Medicina, que cria Resoluções, à exemplo da 2.320/2022, que adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, para servir de baliza na solução de casos práticos nas mãos dos profissionais da área da saúde e, principalmente, pelo douto juízo, que na ausência de uma normativa geral utilizará as referidas resoluções em cotejo com os princípios gerais do direito.

5- Considerações finais

A presente pesquisa teve como função analisar a anomia no biodireito e seus impactos na bioética, sendo certo que todos os objetivos gerais e específicos foram explorados. Desse modo, até o momento de fechamento desta pesquisa chegou-se às seguintes considerações finais, sendo elas:

Inicialmente, infere-se que existe um déficit normativo para tratar as questões relativas ao biodireito em âmbito nacional, ficando os magistrados e os comitês de ética sob a guarda, tão somente, de Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina e os princípios gerais do direito extraídos da Constituição Federal.

Em sequência, acredita-se que o motivo do referido déficit é a imaturidade dos legisladores federais em lidar com a temática, cumprindo fazer menção ao (PLS 90/1999), em tramitação desde 2003, que visava criar uma norma geral que regulamentasse a Reprodução Assistida no Brasil.

Nessa toada, não existindo as leis que tratem dessas questões, o julgamento de eventuais ações judiciais traduzem o surgimento de jurisprudências não uniformes, acrescenta-se a esta informação o fato de que nas buscas realizadas no presente trabalho houve uma extrema dificuldade em encontrar os referidos decisórios, dando azo, inclusive, à eventual interpretação de que tais casos podem estar sendo resolvidos com enfoque outros que não o biodireito gerando insegurança jurídica, porquanto a legislação utilizada quando da análise do caso concreto não tem a especificidade devida, sendo utilizado diplomas subsidiários para tal questão.

Diante do pesquisado, infere-se que é necessária a criação de um compêndio de normas que regulem o biodireito em âmbito nacional, de modo que se tenha uma diretiva a ser seguida na análise dos casos concretos, criada pelo próprio poder legislativo que, em *ultima ratio*, cumprirá seu papel constitucional de representatividade política e dará uma resposta a questão social tão relevante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Questões Jurídicas da Fertilização "in vitro"**. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 1, ed. 2, p. 37-47, 7 jul. 2001.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2010

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. verve. revista semestral autogestionária do Nu-Sol., n. 5, 2004.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. **Tridimensional do Direito, Teoria**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: **revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante**. Palestra proferida na I SEMANAJUR – Primeira Semana Jurídica e Cultural de São Bernardo do Campo, [S. l.], p. 1-17, 28 ago. 2001.

LAKATOS, Eva M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN [9788597026580](#). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026580/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

Miguel Reale: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: Edipucrs, 2011

.ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 de junho de 2023.

ROMÃO, Rui. Absolutismo. Dicionário de Filosofia Moral e Política: 2ª série (2017-), 2018.

SOUZA, Celina. Reinventando o poder local: limites e possibilidades do federalismo e da descentralização. São Paulo em perspectiva, v. 10, n. 3, p. 103-112, 1996.

Projeto de lei nº90 de 1999. Dispõe sobre a reprodução assistida, Política Social > Proteção Social > Mulheres, Senado Federal, 08 de janeiro de 2007.

PINHEIRO, Regina. Conselho Federal de Medicina tem novas normas para Reprodução Assistida. Radio Senado, 2022. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/09/21/conselho-federal-de-medicina-tem-novas-normas-para-reproducao-assistida#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20manteve%20que%20todas,de%20contrato%20com%20a%20cl%C3%ADnica>.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. O BIODIREITO BRASILEIRO, SEUS PRINCÍPIOS E A BIOÉTICA. Contribuciones a las Ciencias Sociales, Julho de 2015. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2015/03/biodireito.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2023.