

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ

**PROCRIAÇÃO ASSISTIDA E DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRIMAZIA DO DIREITO DA
CRIANÇA**

**CURITIBA
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ

**PROcriação ASSISTIDA E DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRIMAZIA DO DIREITO DA
CRIANÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

Curitiba
2007

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ

**PROcriação ASSISTIDA E DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA E DA PRIMAZIA DO DIREITO DA CRIANÇA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

BANCA EXAMINADORA

Orientadora:

Prof. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

Prof.

Prof.

Curitiba, ____ de _____ de 2007.

Dedico este trabalho
À minha mãe e ao meu pai
Aos meus irmãos
À Karen

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do Programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pois, de alguma forma, eles contribuíram para a concretização deste trabalho.

Agradeço a todos os funcionários do curso de Mestrado, notadamente à Eva.

Agradeço especialmente à Professora Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles que, com muita paciência e perspicácia, orientou-me na realização deste trabalho. Além dos agradecimentos pela dedicação e atenção, gostaria de expressar também minha admiração e respeito pela sua capacidade e competência como professora e estudiosa do Direito.

Resumo

DENZ, Guilherme Frederico Hernandez; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (orientadora). **Procriação assistida e direito à saúde: análise do planejamento familiar à luz da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança**. Curitiba, 2007. p. 107. Dissertação de mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A biotecnologia e a medicina, ao propiciarem novas formas de proteção à saúde, acabam por expandir o alcance do próprio direito à saúde. O direito à saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos sociais, somente se efetivará em sua plenitude na medida em que tutele as novas possibilidades de tratamento disponibilizadas pela ciência médica atual. Nesse contexto, surge o direito à procriação como uma das manifestações do direito à saúde e, também, do direito à liberdade. Como corolário desse direito fundamental à procriação, deve ser assegurado o acesso às técnicas de procriação medicamente assistidas aos casais estéreis ou inférteis. O direito à procriação e a procriação assistida, como novas formas de tutela relacionadas ao direito à saúde, no entanto, devem ser harmonizados com outros princípios constitucionais. Neste trabalho, inicialmente, traçam-se os delineamentos conceituais do direito à procriação e os fundamentos jurídicos que sustentam esse novo direito. O direito à saúde, o direito à liberdade são apresentados como os principais alicerces do direito à procriação. Na seqüência, demonstra-se que, para a concretização efetiva do direito à procriação, nos casos de esterilidade e infertilidade, deve-se disponibilizar o acesso às técnicas de procriação assistida. Ao final, são tratados os princípios constitucionais que cerceiam o exercício desse direito, como a primazia do interesse da criança, a parentalidade responsável e o fundamento da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, portanto, que o direito à procriação, incluindo o acesso às técnicas de reprodução assistida, é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, esse direito deve ser harmonizado com a dignidade humana das pessoas envolvidas e a prioridade do interesse da criança que irá ser concebida. Infere-se, finalmente, que o tema se insere na área de concentração do Direito Econômico e Socioambiental, porquanto procura desvendar como a biotecnologia, especificamente na procriação assistida, se revela na sociedade contemporânea e de que forma o Direito cuida dessa questão. Além disso, enquadra-se na linha de pesquisa Sociedade e Direito, na medida em que o estudo visa compatibilizar o impacto da biotecnologia nas organizações humanas no século XXI com os princípios do Direito.

Palavras-chave: Direito à procriação; direito à saúde; direito à liberdade; técnicas de procriação assistida; planejamento familiar; primazia do direito da criança; parentalidade responsável; princípio da dignidade da pessoa humana.

Abstract

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Advisor). **The assisted reproductive technology and the right to health: analysis of the family planning through the dignity of the human being and the primacy of the child's right.** Curitiba, 2007. p. 107. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The biotechnology and the medicine expand the reach of the right to health as they propitiate new protection forms to health. This right, consecrated by the Federal Constitution of 1988 in the list of the social rights, will only be executed in its totality if it protects, at the same time, the new treatment possibilities made available by the current medical science. In that context, the right to reproduction appears as one of the manifestations of the right to health and, also, of the right to freedom. As corollary of this fundamental right to reproduction, it must be insured the access to the techniques of assisted reproductive technology for the sterile or infertile couples. However, the right to reproduction and the assisted reproductive technology, as new protection forms related to the right to health, must be harmonized with other constitutional principles. In this paper, the concepts on the right to reproduction and the juridical fundamentals that sustain this new right were firstly presented. The right to health and to freedom are presented as the main foundations of the right to reproduction. In the sequence, it is demonstrated that the access to the techniques of assisted reproductive technology must happen, because only through this access the materialization of the right to reproduction, in the cases of sterility and infertility, will come true. At the end, the constitutional principles that are related to the exercise of this right are treated, such as the primacy of the child's interest, the responsible parenthood and the principle of the dignity of the human being. Therefore, it was concluded that the right to reproduction, including the access to the techniques of assisted reproductive technology, is recognized by the Brazilian legal system; however, this right must be harmonized with the human dignity of the involved people and with the priority of the interest of the child who will be conceived. Finally, it is inferred that the theme interferes in the branch of the Economic and Socio-Environmental Law, since it tries to unmask how the biotechnology, specifically in the assisted reproductive technology, is revealed in the contemporary society and, also, how the Law takes care of this subject. Besides, it is related with the Society and Law research line, since the study seeks to turn compatible the impact of the biotechnology in the human organizations in the 21st century and the principles of the Law.

Keywords

Right to reproduction; right to health; right to freedom; techniques of assisted reproductive technology; family planning; primacy of the child's right; responsible parenthood; principle of the dignity of the human being.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1. DIREITO À PROCRIAÇÃO	4
1.1. Existe um direito à procriação?	4
1.2. Fundamentos jurídicos do direito à procriação	15
1.2.1. <i>Direito à liberdade</i>	15
1.2.2. <i>Planejamento familiar</i>	21
1.2.4. <i>Direito à saúde</i>	26
1.3. Direito a não procriar	33
2. TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO ASSISTIDA	39
2.1. Esterilidade	39
2.2. As técnicas de procriação assistida	45
2.2.1. <i>Breve referência histórica</i>	46
2.2.2. <i>Classificação das técnicas de procriação assistida</i>	48
2.3. O acesso às técnicas como garantia ao direito à procriação	56
3. LIMITES AO DIREITO À PROCRIAÇÃO	67
3.1. Primazia do interesse da criança	67
3.2. Paternidade (parentalidade) responsável	74
3.3. Dignidade da pessoa humana	80
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

O avanço da medicina e, mais recentemente, da biotecnologia, ao mesmo tempo que traz esperanças para as pessoas na solução dos problemas de saúde, suscita desafios aos médicos e juristas no campo da ética e do direito. Nesta confluência de disciplinas é que emerge a bioética e o biodireito, pretendendo, sem obstar o avanço da ciência, assegurar a proteção de valores essenciais para o homem enquanto ser ético, como a dignidade da pessoa humana.

O objetivo dessa nova disciplina é ambicioso e difícil: colher os frutos bons e saudáveis da biotecnologia e não permitir que esses frutos se contaminem com o veneno da coisificação do homem ou o cobaiismo humano.

A biotecnologia e a medicina, ao propiciarem novas formas de proteção à saúde, acabam por expandir o alcance do direito à saúde. O direito à saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos sociais, somente se efetivará em sua plenitude na medida em que tutele as novas possibilidades de tratamento disponibilizadas pela ciência médica atual. Com o aperfeiçoamento da medicina, impõe-se que novos valores sejam tutelados a fim de se garantir o direito à saúde na sua integralidade.

Nesse contexto, surge o direito à procriação como uma das manifestações do direito à saúde e, também, do direito à liberdade. Assegurar a todos uma procriação saudável e responsável é uma das formas de proteção à saúde.

Como corolário desse direito fundamental à procriação, deve ser assegurado o acesso às técnicas de procriação medicamente assistidas aos casais estéreis ou inférteis, uma vez que esses males configuram uma vulneração à saúde das pessoas.

O direito à procriação, assim como a reprodução assistida, no entanto, não é absoluto e deve ser harmonizado com outros princípios constitucionais, na medida em que é necessário se estabelecer um planejamento familiar responsável. Nesse sentido é que deve incidir no processo de procriação o princípio da dignidade da pessoa humana e a primazia do interesse da criança a ser concebida. Reconhece-se o direito à procriação, porém esse direito extrapola seus limites quando não garante aos filhos a prioridade absoluta de seus direitos ou uma existência digna.

No trabalho levado a efeito nesta oportunidade, em seu primeiro capítulo, reconhece-se a existência do direito à procriação e são delineados os seus contornos conceituais. Em outros tópicos, são apontados os fundamentos jurídicos que sustentam a existência desse direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Esquadrinham-se os sentidos do direito à liberdade, o planejamento familiar e o direito à saúde, configurados como os fundamentos do direito à procriação. Como decorrência do direito à procriação, emerge a possibilidade de as pessoas optarem por não ter filhos, o que se revela através do direito a não procriar.

A impossibilidade de se procriar naturalmente pode constituir uma ofensa ao direito à reprodução e, nesse sentido, deve ser assegurado aos casais estéreis ou inférteis o acesso às técnicas de procriação assistida. Sobre isso se tratará no segundo capítulo.

Por primeiro, traça-se um panorama sobre a esterilidade, seus efeitos maléficos no âmbito social e na saúde do casal afetado.

Para se sanar esse problema, é possível a utilização de diversas técnicas de procriação assistida, que são classificadas e descritas no item seguinte. Antes, no entanto, uma breve evolução histórica das técnicas é apresentada.

Como desfecho desse capítulo, trata-se do acesso às técnicas de procriação assistida como forma de concretização dos direitos reprodutivos para os casais estéreis ou inférteis. O uso das técnicas, porém, deve se submeter a alguns requisitos, como a recomendação terapêutica e o consentimento informado.

O último capítulo versa sobre os limites que devem ser impostos ao direito à procriação. Por envolver o direito de outros, e não somente o interesse do casal, a procriação deve ser harmonizada com o princípio da parentalidade responsável. Na colisão de interesses do casal e da criança deve prevalecer este último, eis que a Constituição Federal confere prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente. Ao final, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios limitadores ao direito à procriação de tal sorte que a criança a ser gerada nunca poderá ser tratada como uma “coisa” ou ser considerada como um meio de satisfação pessoal do casal.

1. DIREITO À PROCRIAÇÃO

1.1. Existe um direito à procriação?

A primeira questão a ser enfrentada no desenvolvimento do presente trabalho é saber se existe realmente um direito à procriação¹ e quais os seus delineamentos conceituais. Perquirir se há no ordenamento jurídico previsão que confira a todas as pessoas a garantia de acesso ao conhecimento e aos meios científicos para a concretização do desejo de ter filhos, bem como a autonomia e a liberdade dos indivíduos no sentido de organizarem sua vida reprodutiva.

Maria Claudia Crespo Brauner acentua que os direitos reprodutivos envolvem essencialmente a noção de sexualidade. Acrescenta, no entanto, que não se trata apenas das questões ligadas ao funcionamento do aparelho genital e do processo reprodutivo, “mas abarca a idéia ligada à busca do prazer, reconhecendo a vida

¹ Na análise da bibliografia citada, os autores não diferenciam as expressões direito à procriação, direito à reprodução ou direitos reprodutivos. Assim como ocorrerá no presente trabalho, essas nomenclaturas foram utilizadas para expressar o mesmo conceito, que será desenvolvido neste primeiro capítulo. Heloísa Helena Barbosa, ao analisar, sucintamente, o processo evolutivo da matéria no plano internacional se refere, primeiro, ao *right to procreate* e, depois, afirma que a Conferência Internacional do Cairo em 1994 adotou a expressão *reproductive rights* (direitos reprodutivos). (BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira Leite (coord.) **Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157). Verificando-se os sentidos do verbo procriar e reproduzir nos dicionários Houaiss e Aurélio, chega-se à conclusão de que o conceito de procriar é mais restrito, limitando-se ao ato de continuação e perpetuação de uma espécie, enquanto o verbo reproduzir, além de englobar a idéia de procriar, exprime o sentido de produzir de novo, copiar (filmes, discos, livros etc) ou repetir. De acordo com o sentido das palavras retirado dos dicionários, Daniela Soares Ratem afirma que “a clonagem poderia também ser tida como meio de reprodução” (HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 191). Dentro do conceito de procriação, destarte, não estaria inserida a clonagem humana. Como este trabalho não tratará da clonagem, nos títulos da dissertação e dos capítulos, preferiu-se o termo procriação. No entanto, no corpo do texto, optou-se pelo uso das expressões direito à procriação, direito à reprodução ou direitos reprodutivos como sinônimos.

sexual gratificante como um direito de cada cidadão, homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica”².

Não destoia dessa idéia a lição de Flávia Piovesan, para quem os direitos reprodutivos

correspondem ao conjunto dos direitos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Esse conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde³.

Historicamente, a luta pelos direitos reprodutivos está ligada às reivindicações feministas em torno da questão reprodutiva. De acordo com Maria Betânia de Melo:

A noção de direitos reprodutivos se constrói a partir da prática política das mulheres em torno de sua demanda na esfera reprodutiva. No século XIX e na primeira metade do século XX, aparecem na cena pública os movimentos por direitos no feminino, que reivindicam acesso à educação e ao voto, centrados na busca de igualdade. É também desse período a movimentação em torno do direito à regulação da fecundidade como um assunto de ordem política, constituindo-se, assim, em um novo campo de enfrentamento no processo histórico da construção da cidadania. Antes, as mulheres agiram no sentido de ter em mãos o controle do seu próprio corpo, da fecundidade e saúde. A expressão pública dessa ação está contextualizada dentro do processo político da construção da modernidade. A formalização da idéia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente e considero que pode ser entendida como uma redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva⁴.

Para Organização Mundial da Saúde, saúde reprodutiva significa:

- a) que as pessoas tenham a habilidade de reproduzir-se assim como de regular sua fertilidade com o maior conhecimento possível das conseqüências pessoais e sociais de suas decisões, e com acesso aos meios para implementá-las;
- b) que as mulheres possam ter acesso à maternidade segura;
- c) que a gravidez seja bem sucedida quanto ao bem-estar e à sobrevivência materna e da criança. Além disso, que os casais sejam capazes de ter relações sexuais sem medo de gravidez indesejada e de contrair doenças⁵.

² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 238.

⁴ ÁVILA, Maria Betânia de Melo *apud* PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 238/239.

⁵ GALVÃO, Loren *apud* BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Op. cit.*, p. 17.

Definição mais ampla e completa foi elaborada por um grupo internacional de mulheres, o *HERA – Health, Empowerment, Rights and Accountability*:

A saúde sexual é a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem riscos de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação. A saúde sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na auto-estima, que implica uma abordagem positiva da sexualidade humana e no respeito mútuo nas relações sexuais. A saúde sexual valoriza a vida, as relações pessoais e a expressão da identidade própria da pessoa. Ela é enriquecedora, inclui o prazer e estimula a determinação pessoal, a comunicação e as relações⁶.

Na abordagem dos direitos à procriação não se deve descurar dos direitos do nascituro e da criança que será gerada.

Tratar do direito à procriação é, em certa medida, buscar enxergar a questão dos direitos do nascituro também sob o ponto de vista dos pais, desde o momento imediatamente anterior à sua concepção e mesmo após o seu nascimento. Versando sobre os direitos do nascituro ou cuidando do direito à procriação de seus pais, estar-se-á sempre abordando a questão da situação jurídica da pessoa humana e da sua dignidade, tarefa esta que deve ser o centro das preocupações do Direito Civil, em tempos de despatrimonialização do fenômeno jurídico e da interpenetração entre o direito privado e o direito público⁷.

Pode-se afirmar que o tema se refere à criação de políticas dirigidas à saúde reprodutiva, à proteção à maternidade e à paternidade, ao estímulo à contracepção, à prevenção de esterilização, às novas formas de intervir nos problemas ligados à reprodução humana, e também aos direitos do filho a ser concebido, o que implica na limitação ao direito da reprodução. O direito à procriação está intimamente

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ QUEIROZ, Victor Santos. **Direito à procriação**: fundamentos e conseqüências. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7905>>. Acesso em: 17 abr. 2007, p. 1.

conectado com a proteção à saúde de todos os envolvidos no processo reprodutivo e também com a autonomia reprodutiva.

Na realidade, o desejo de ter filhos, de perpetuar a espécie, é inerente à natureza humana, sendo que, desde a infância, a idéia de procriação está presente na vida do ser humano. Prova disso, é a menina imitando o papel de mãe ao brincar com as bonecas e os meninos buscando identificação com a figura paterna⁸. Escreveu Gerard Vincent que: “A humanidade quer se perpetuar. Ainda não perdeu o medo de desaparecer”⁹.

O desejo de procriação e a preocupação com a impossibilidade de ter filhos sempre estiveram presentes nos relatos da história.

Na Bíblia, encontram-se inúmeras menções sobre o júbilo dos homens com a perpetuação da sua linhagem e a infelicidade com a esterilidade. A existência dos filhos era vista como graça divina. Assim, cita-se o Salmo 127:3-5: “Herança do Senhor são os filhos; o fruto do ventre, seu galardão. Como flechas na mão do guerreiro, assim os filhos da mocidade. Feliz o homem que enche deles a sua aljava; não será envergonhado, quando pleitear com os inimigos à porta”. Ainda no Livro do Gênesis, tem-se a passagem em que Abraão se queixa a Deus sobre sua impossibilidade de gerar filhos:

E Abraão disse : Senhor Deus, que me darás tu? Eu irei sem filhos; e o filho do procurador da minha casa é este Eliezer de Damasco. E acrescentou Abraão: A mim não me deste filhos; e eis que meu escravo será um herdeiro. Imediatamente, o Senhor Ihe dirigiu a palavra, dizendo: Este não será o seu herdeiro, mas terás por herdeiro aquele que nascer de ti. Depois conduziu-o fora e disse-lhe: Olha para o céu, e conta, se podes, as estrelas. Depois, acrescentou: Assim será a tua descendência. Creu Abraão e Ihe foi imputada a justiça¹⁰.

⁸ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana**: ética e direito. Campinas: Edicamp, 2003, p. 88.

⁹ GERARD, Vincent *apud* OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000, p. 16.

¹⁰ Bíblia Sagrada, livro do Gênesis, 15, 1-6 *apud* CAMARGO, Juliana Frozel de. *Op. cit.*, p. 12.

Fustel de Coulanges, no conhecido livro *A Cidade Antiga*, narra que a família antiga estava ligada por um vínculo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontrava na religião do lar e dos antepassados. Decorre disso que a importância dos descendentes se assentava na religião. A felicidade do morto não dependia de seu comportamento enquanto vivo, mas da conduta dos filhos em relação a ele, depois de sua morte.

Daí derivou a regra, de deverem todas as famílias perpetuar-se para todo sempre. Os mortos precisariam que a sua descendência nunca se extinguisse. No túmulo, onde continuavam a vida, os mortos não tinham outra razão de inquietação que não o receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. (...) Do mesmo modo, o hindu acreditava na admoestação que os mortos lhe repetiam: 'Oxalá nasçam sempre filhos em nossa linhagem, para que nos tragam o arroz, o leite e o mel'; o hindu dizia ainda: 'A interrupção da linhagem causa a ruína da religião dessa família; os antepassados, quando privados das oferendas, precipitam-se no abismo onde moram os desgraçados'. Na Itália, como na Grécia, durante muito tempo também se pensou assim¹¹.

Sempre houve um fator motivador para a reprodução humana que se modificou ao longo dos tempos: por questões históricas, religiosas, culturais, de saúde, econômicas, jurídicas, etc.

No Brasil, na vigência do Código Civil de 1916 até a Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que a procriação era uma das obrigações do casamento. O matrimônio era a única forma lícita de constituição de família. A família válida era legitimada somente através do casamento e aos cônjuges impunha-se uma posição passiva em relação às funções matrimoniais, identificadas com as funções da própria família. Nesse contexto, aos cônjuges incumbia o dever de procriar, do qual se deriva o dever de manter relações sexuais¹². A família brasileira atual é predominantemente urbana, é menor, nuclear e muito menos hierarquizada. O fato

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 53.

¹² SÁ, Maria de Fátima de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 27.

de ser menor indica uma redução de sua função meramente procriadora se comparada com a família que serviu de modelo para o Código Civil de 1916¹³.

“Atualmente, o que leva as pessoas a procriarem são outros motivos: perpetuação da espécie, realização de sonho, de projeto pessoal, parental, entre outros”¹⁴. Mônica Sartori Scarparo afirma que a procriação deixou de ser vista como obrigação para ser visualizada como direito da pessoa, se e quando ela a considerar importante no contexto da sua existência¹⁵.

O desejo de ter filho, o qual pode ser visto como um ato íntimo e igualmente social, apresenta-se sob várias concepções:

reproduzir-se na linhagem ancestral, fabricar a carne de sua carne, imaginar criar uma relação pais/filhos ideal, recriar sua infância distante, dar um presente à seu companheiro ou à sua companheira, cercar-se de filhos para evitar a solidão dos anos futuros, múltiplas são as razões que levam um casal a se submeter a qualquer sacrifício para atingir a máxima ventura da perpetuação¹⁶.

A reprodução e a vontade de ter filhos são desejos legítimos das pessoas, porquanto são inerentes ao ser humano, expressam manifestações de sua autonomia e, não raras vezes, são necessários para um desenvolvimento saudável do casal. Afirmar-se, no entanto, que esse desejo de reprodução constitui um direito, seja ele personalíssimo ou fundamental, é questão diversa, que merece maior análise.

¹³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 105.

¹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 69.

Sobre a existência do direito à reprodução diverge a doutrina. Em que pese abalizadas vozes defenderem que inexiste um direito à reprodução¹⁷, é imperativo se reconhecer que esse direito encontra amparo constitucional através da elaboração de uma interpretação construtiva dos princípios e regras constitucionais.

Aliás, mesmo antes da aprovação e vigência de alguns dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, a procriação é um direito assegurado livremente, sendo até dever do Estado permitir o uso da ciência e incentivá-lo para que o homem o alcance. A aprovação de uma das leis apenas concretizará de forma expressa e mais clara o que já existe como direito¹⁸.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama perfilha o entendimento de que existe o direito à procriação. Para o autor:

Com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar, ainda que mais tardiamente diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais¹⁹.

Na Constituição da República do Brasil não há previsão expressa a um direito à procriação, assim como na maioria das constituições estrangeiras encontram-se escassas referências explícitas a um possível direito à procriar²⁰. Na ausência de

¹⁷ Negando a existência do direito à procriação tem-se: Eduardo de Oliveira Leite: “Este direito invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. (...) Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 356. Também, no mesmo sentido: Mônica Aguiar: “Oportuno sustentar a existência de uma faculdade de ter filhos, não assim de um direito à procriação”. In: AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91.

¹⁸ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez; BORGES JÚNIOR, Edson. *Ob. cit.*, p. 16.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 712.

²⁰ Na Constituição Espanhola também não se reconhece explicitamente esse direito. Reconhecendo explicitamente o direito à reprodução, Yolanda Gómez Sanchez cita o art. 191 da Constituição Iugoslava de 1974: “É direito da pessoa resolver livremente sobre ter ou não ter filhos” (tradução livre). SANCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a reproducción**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1994, p. 40.

regulamentação constitucional expressa, pode-se inferir o direito à reprodução através da interpretação de outros valores e princípios constitucionais.

Os preceitos contidos no *caput* e no § 7º do art. 226²¹ da Constituição Federal, devidamente interpretados e harmonizados, indicam a existência do direito à reprodução como direito fundamental²².

Maria de Fátima Freire de Sá considera que o direito à reprodução é um direito fundamental, “visto que compõe a construção da personalidade da pessoa humana e de seu projeto parental”²³.

Maria Claudia Crespo Brauner assevera que o reconhecimento do direito a ter filhos deve ser compreendido como um direito personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições²⁴.

Pode-se conceber também que os direitos reprodutivos estão inseridos nos direitos humanos e que, por este motivo, devem ser respeitados e assegurados através de instrumentos jurídicos²⁵. “O conceito de direitos reprodutivos tem sido assim, ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos”²⁶.

Não se pode negar que o desejo de ter filhos é um fator de grande importância para o desenvolvimento da personalidade e, por isso, deve ser considerado como um direito da personalidade.

²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 712.

²³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 57.

²⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 52.

²⁵ *Ibidem*, p. 13.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 242.

Por conseguinte, o direito de procriação existe e, como tal, deve ser assegurado pela ordem jurídica. Se a Constituição Federal protege a família e esta é constituída pelos genitores e seus descendentes, a proteção deve ser estendida à procriação, um dos recursos por meio do qual a família será constituída. Seria ilógico não reconhecer o direito de procriação, pois estaria tutelando a família sem tutelar sua origem²⁷.

Importa destacar que é perfeitamente possível a existência de direitos fundamentais situados fora do rol do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que podem estar positivados em outros dispositivos do texto constitucional. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 “consagrou a idéia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais”²⁸. Desta forma, não é a localização no regramento constitucional que garante a qualidade de fundamental ao direito (critério formal), mas seu conteúdo e natureza (critério material)²⁹.

Na esteira desse entendimento, portanto, nada impede que o direito à procriação, mesmo não estando alocado no Título II da Constituição Federal, possa ter status de direito fundamental. Corolário dessa interpretação, ainda, por ser consagrado como direito fundamental, o direito à procriação não pode ser extirpado do ordenamento jurídico sequer por emenda constitucional, consoante o art. 60, § 4º, inciso IV³⁰ da Constituição Federal. “Levando em conta o reconhecimento do direito à reprodução como direito fundamental, não há como se admitir a reforma da Constituição Federal no que tange às disposições concernentes a ele”³¹.

²⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 311.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

²⁹ AGUIAR, Mônica. *Op. cit.*, p. 87.

³⁰ Art. 60. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 713.

A Constituição Federal, ao proporcionar ao casal o direito à reprodução e ao livre planejamento familiar, também está prevendo que se possa utilizar métodos artificiais de reprodução, caso haja alguma impossibilidade natural para tanto.

O direito à reprodução se manifesta, assim, em um sentido negativo e positivo. Em sua dimensão negativa se expressa na impossibilidade do Estado de interferir na liberdade de planejamento familiar do casal e, no sentido positivo, traduz-se na obrigação do Estado de prover todos os instrumentos ao casal para poder gerar, inclusive disponibilizando o uso aos recursos das técnicas da infertilidade.

Da constatação de que o direito à procriação é um direito fundamental, não cabe ao Estado interferir indevidamente no planejamento familiar através de mecanismos coercitivos de cerceamento ou limitação da atividade reprodutiva do casal de forma arbitrária.

Seguindo essa linha de argumento, enfatiza-se que o direito de gerar revela o direito à intimidade e à auto-determinação das pessoas, não podendo ser cerceado ou limitado, como acontece em certos países, como a China. (...) Um Estado que impõe uma política de reprodução humana tolhe o direito inalienável das pessoas em ter filhos, viola o direito de seus cidadãos quando os impede de gerar, ou, quando impõe um número restrito para a prole³².

Elevar o desejo da reprodução a nível de direito fundamental não significa revesti-lo de caráter absoluto. O direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também o é – e, desse modo, deve ser exercido em harmonia com outros direitos de mesma estatura.

O direito a gerar filhos deve ser visto também sob outra ótica, através da qual ele assume um caráter relativo. Encontra limites no interesse da criança a ser concebida, porquanto este novo ser não pode simplesmente servir de instrumento para realização irrestrita da felicidade dos pais, sob pena de se transformá-lo em um

³² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 54.

objeto de satisfação pessoal. A criança a ser gerada também é um sujeito de direitos e não deve ser coisificada.

Não obstante o art. 226, § 7º ter reconhecido o direito à reprodução, o dispositivo não descurou da imposição de limites a esse direito, consignando que ele deve se fundar na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. A norma constitucional não permite que o casal exerça o direito a gerar de forma irresponsável ou como instrumento de satisfação egoístico; preocupou-se em resguardar o interesse da criança a ser gerada e garantir sua dignidade.

A relativização do direito à procriação é lembrada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Diante do reconhecimento majoritário na doutrina a respeito da existência do direito à reprodução, é imperioso observar que a própria previsão constitucional constante do art. 226, § 7º, impõe o respeito e cumprimento dos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana, além do princípio do melhor interesse da futura criança, tratado no artigo 227, caput, do texto constitucional³³.

Essas limitações ao direito à reprodução acabam por interferir no uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que nem sempre será reconhecida a legitimidade para a sua utilização. O ordenamento jurídico, ao albergar o direito à reprodução artificial como consequência do direito à reprodução, não prevê a concessão a todos os interessados em todas as circunstâncias.

Na verdade, ao se admitir o direito à reprodução – incluindo o acesso às técnicas da reprodução – tal direito não poderá ser absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 717.

dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna³⁴.

Verifica-se, portanto, que a doutrina majoritária reconhece a existência de um direito à procriação, como direito fundamental, atribuindo-lhe estatura constitucional. Não basta, entretanto, afirmar a existência do direito à procriação, impõe-se estabelecer os fundamentos jurídicos que dão sustentação a esse entendimento.

Como foi observado, o direito à procriação se funda precipuamente na interpretação dos princípios albergados no art. 226, § 7º da Constituição Federal (planejamento familiar). No entanto, em outras partes do texto constitucional, também se pode extrair normas que embasam o direito à reprodução, como o direito à liberdade e o direito à saúde.

1.2. Fundamentos jurídicos do direito à procriação

1.2.1. *Direito à liberdade*

Yolanda Gomez Sanchez afirma que, embora a Constituição Espanhola não reconheça expressamente um direito à reprodução, esse direito tem seu fundamento na previsão da liberdade como valor superior do ordenamento jurídico e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Salienda, ainda, a autora, com propriedade, que por estarem submetidos a um regime democrático não cabe interpretação restritiva da liberdade, pois sua extensão deverá ser tão ampla quanto possível, desde que não implique em vulneração dos demais valores e princípios do próprio sistema democrático. Essa liberdade genérica e o reconhecimento da

³⁴ BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira Leite (coord.) **Grandes temas da atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

especificidade da natureza humana asseguram o direito de toda pessoa à sua própria reprodução³⁵.

Os argumentos expostos pela autora espanhola, apontando um dos fundamentos do direito à reprodução, também podem ser utilizados para justificar a presença desse direito no ordenamento jurídico brasileiro. O direito à liberdade e à autodeterminação, que podem ser extraídos do art. 5º, *caput*³⁶ da Constituição Federal, dão amparo constitucional ao direito à reprodução.

José Afonso da Silva diz textualmente que a liberdade tem um caráter histórico, pois depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico. Depois, arremata: “Realmente, a história mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”³⁷.

Analisando-se o curso da história, chega-se à conclusão de que as lutas dos homens se confundem com a sua busca por maior liberdade. Marco histórico dessas conquistas é o movimento constitucionalista americano e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que pretenderam impor limites ao poder estatal, até então praticamente absoluto.

Nesses movimentos, o que se pretendia, ao menos em um primeiro momento, era uma proteção em relação à ingerência do Estado na esfera individual ou uma prestação negativa por parte do poder absolutista enfeixado nas mãos dos reis. A vitória desses ideais acabou por originar os chamados direitos de primeira geração.

³⁵ SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Ob. cit.*, p. 41/42.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 235.

Paulo Bonavides declara que os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”³⁸.

Depois dos direitos de primeira geração, novos direitos foram sendo introduzidos nas constituições. No século XX, surgiram os direitos da segunda geração. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos, encampados pelo constitucionalismo das diversas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal³⁹.

A evolução dos direitos fundamentais, propiciando ao indivíduo novas formas de tutela de seus interesses, não esvaziou a importância dos direitos de liberdade. A liberdade e a autodeterminação, por um lado, sofreram limitações⁴⁰ e, por outra ótica, foram estendidos para outros campos do direito.

Paulo Márcio da Cruz disserta que a relativa simplicidade das declarações iniciais de direitos foi modificada pelo aumento da complexidade da vida social e pelo surgimento de ameaças à liberdade decorrentes das mudanças sociais e tecnológicas, impensáveis nos séculos XVII e XVIII. Essas mudanças tornam a

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

³⁹ *Ibidem*, p. 518.

⁴⁰ “Os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão-somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais”. Celso Ribeiro Bastos menciona o exemplo do direito à propriedade que, no início, era assegurado de forma absoluta e, depois, foi sendo abrandado pelos fins sociais da propriedade. BASTOS, Celso Antonio. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 172.

definição e alcance do direito à liberdade uma das questões mais intrincadas e de maior dificuldade interpretativa nas constituições contemporâneas⁴¹.

Na verdade, no regime democrático, cujas finalidades principais são o bem comum e a felicidade do homem, o conteúdo da liberdade sempre vem se ampliando em benefício do próprio homem.

Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista⁴².

A liberdade supõe, assim, o reconhecimento da autodeterminação e auto-organização das pessoas o que implica na capacidade de adotar e executar livremente suas próprias decisões. O direito à liberdade não deve ficar restrito a proibir o Estado de deter arbitrariamente o indivíduo. Pode-se defender a existência do direito à liberdade como direito-autonomia que, em princípio, exige a não ingerência dos poderes públicos na esfera de autonomia pessoal⁴³.

Atualmente, a expressão mais visível da liberdade do indivíduo é a existência de esferas de atuação nas quais as pessoas podem se comportar livremente, sem ingerências estranhas, isto é, âmbitos invioláveis, somente sujeitos ao próprio poder de autodeterminação, imunes à ação dos poderes do Estado⁴⁴.

Novamente adotando o escólio de Yolanda Gómez Sanchez, que calha perfeitamente para o nosso ordenamento jurídico, pode-se inferir que a liberdade pessoal permite uma interpretação menos apegada aos conceitos de detenção ou prisão, devendo-se incluir em seu conteúdo alguns aspectos essenciais da

⁴¹ CRUZ, Paulo Márcio. Direitos fundamentais: da liberdade ao biodireito. *In*: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**, 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 245.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 237.

⁴³ SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio. *Op. cit.*, p. 244.

autodeterminação da pessoa, como o direito à reprodução, que não foi contemplado de maneira expressa no texto constitucional⁴⁵.

Registre-se, por oportuno, ainda, que a Corte Suprema dos Estados Unidos já declarou em 1942 que o direito a procriar estava entre os direitos básicos do homem e que a liberdade de escolha em matéria de vida familiar era uma das liberdades protegidas pela nona emenda⁴⁶. Segundo Heloísa Helena Barbosa, a doutrina norte-americana tem posição que se pode considerar mais radical, partindo-se da premissa de que cada pessoa tem o direito de procriar, como de não procriar, encontrando tal direito fundamento na liberdade pessoal, tutelada pela Constituição Americana, sendo um dos muitos aspectos do *right of privacy*⁴⁷.

À toda evidência, entretanto, que o direito à liberdade – assim como já foi visto em relação ao direito à procriação – encontra limites e restrições na própria Constituição.

Reforça o direito à reprodução, assentado na liberdade e autodeterminação do casal, os preceitos insculpidos no art. 226, § 7º da Constituição Federal. Ao consagrar que o planejamento familiar é livre decisão do casal, a Constituição nada mais fez do que explicitar o conteúdo do direito à liberdade na seara da reprodução humana.

Nesse sentido, Maria Cláudia Crespo Brauner ressalta que a autonomia do casal é enfatizada no texto constitucional através do princípio inserido no § 7º do art. 226 da Carta Magna.

⁴⁵ SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁶ Nona emenda: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”. SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁷ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 157.

É possível observar a ênfase atribuída à autonomia do casal no texto constitucional, que significa concluir que o indivíduo tem o direito de livremente escolher os meios para planejar sua vida reprodutiva, recebendo as informações necessárias e, tendo acesso a métodos de contracepção seguros e eficazes⁴⁸.

Incumbe ao homem e à mulher planejarem sua família, definindo se desejam ou não ter filhos, o número de filhos e o momento de tê-los. Ao Estado cabe criar uma política de reprodução humana que respeite esse direito fundamental à reprodução, garantindo a todos condições de preservar a saúde sexual e reprodutiva.

Além disso, o Estado, ao permitir que o casal livremente decida sobre seu projeto familiar, asseguraria que todos os filhos fossem concebidos e gerados a partir do desejo, do projeto parental dos pais⁴⁹.

Dessume-se do direito à liberdade também que esse direito compreende o acesso das pessoas à utilização das técnicas de reprodução assistida.

Cumprido ressaltar novamente que, assim como o direito à liberdade sofre restrições, compatibilizando-se com outros princípios constitucionais, um possível direito à reprodução assistida também é relativo.

No entanto, deve-se constatar que o princípio da liberdade individual está, como vimos, sujeito a uma abrangente 'reserva de lei', que torna relativo o seu valor na construção de um possível direito fundamental à reprodução assistida, visto que os aspectos de proteção da futura criança e outros interesses públicos podem facilmente levar à restrição desse direito⁵⁰.

Infere-se, destarte, que o direito à reprodução pode ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental e manifestação do princípio e do direito à liberdade, consagrados em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988. A autonomia do casal na procriação, por ser um reflexo do direito à liberdade, não

⁴⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 16.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 104.

pode ser violada arbitrariamente pelo Estado ou por particulares, cabendo ao homem e a mulher decidirem o momento de gerar e quantos filhos desejam ter.

Não se restringe ao direito à liberdade o fundamento constitucional do direito à procriação.

1.2.2. Planejamento familiar

Como esteio ao direito de reprodução, novamente se invoca o art. 226, § 7º da Constituição Federal, que encerra normas relativas ao planejamento familiar. Com a previsão desse direito ao planejamento familiar, o constituinte de 1988 outorgou ao homem e à mulher a titularidade de direitos reprodutivos.

Ao consagrar o planejamento familiar no art. 226, § 7º, o constituinte manifestou claramente sua opção pelo reconhecimento do direito reprodutivo. Embora seja mais controverso, elaborando-se uma interpretação mais aberta, mas não de todo descabida, poder-se-ia admitir que já no *caput* do art. 226⁵¹ da Constituição Federal foi incorporado ao ordenamento esse direito. O direito à reprodução estaria abrangido na expressão: direito de constituir uma família.

Para Yolanda Gómez Sanchez, o direito a fundar uma família compreende o exercício do direito à procriação, pois a família existe exclusivamente a partir da descendência e em função desta. E complementa, em seguida, que o matrimônio, sem descendência, não é uma família⁵².

Saliente-se, entretanto, que não existe fundamento ao direito à reprodução no direito ao casamento. O direito à procriação não deriva do direito constitucional ao matrimônio já que a procriação não é elemento constitutivo deste específico pacto de

⁵¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵² SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Op. cit.*, p. 58.

vontade⁵³. É verdade que, para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é o fim do sacramento do Matrimônio e, mesmo no âmbito jurídico, a procriação foi considerada como uma das finalidades do casamento, conseqüência natural da satisfação do débito conjugal⁵⁴, contudo a liberação dos costumes e o advento de outros direitos acabaram por extirpar a procriação como obrigação do casamento. A reprodução é um direito, como vem sendo assinalado, e não advém obrigatoriamente do vínculo do casamento.

De qualquer sorte, o § 7º do art. 226 da Constituição Federal afastou qualquer dúvida sobre os direitos reprodutivos, ao preceituar:

Art. 226. (...)

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituição oficiais ou privadas.

O planejamento familiar revela a idéia de regulação de nascimentos, contracepções, esterilização e outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutivas do homem e da mulher⁵⁵.

Nesse dispositivo constitucional, de maneira expressa, traduz-se a importância da atuação do Estado, embora tal atuação não se revista de qualquer conotação de intromissão ou ingerência indevida na vida do casal. Verifica-se, assim, dupla função:

a) preventiva, no que se refere à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos, recursos e técnicas para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; b) promocional, no sentido de empregar recursos e conhecimentos científicos para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos possíveis⁵⁶.

⁵³ SANCHEZ, Yolanda Gómez. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁴ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁵ KRELL, Olga Jubert Correia. *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 448.

A Lei n. 9263, de 12 de janeiro de 1996, regulamentou o direito ao planejamento familiar, declarando-o expressamente direito de todo cidadão (art. 1º⁵⁷).

Em seguida, o art. 2º conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal”⁵⁸. De acordo com o preceito legal, é vedado qualquer tipo de ação governamental que busque o controle demográfico, o que confirma tendência mundial de estabelecer que políticas de controle de crescimento ou diminuição da população são antidemocráticas e, portanto, devem ser abandonadas⁵⁹.

Não se volta o planejamento familiar ao problema da eugenia, ao controle demográfico para evitar ameaças econômicas e políticas ou ao fato de a mulher estar no mercado de trabalho. Deve estar fundado única e exclusivamente no direito à saúde e na autonomia do casal. Igualmente, o planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou deve ter⁶⁰.

De acordo com a referida lei, o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, obrigando-se o SUS a garantir o programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção”, devendo ser oferecido para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos

⁵⁷ Art. 1º. O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

⁵⁸ Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 449.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 3º, parágrafo único, I⁶¹ e art. 9º⁶²).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o texto legal reconhece o recurso às técnicas de fertilização e de concepção para que haja reprodução humana, o que conduz à conclusão de que o direito brasileiro admite o recurso às técnicas conceptivas como inerentes aos direitos reprodutivos das pessoas⁶³.

Por conseguinte, o Sistema Único de Saúde deve contemplar com o emprego das técnicas de reprodução assistida aqueles que, por problemas de infertilidade ou esterilidade, necessitem desses recursos para assegurar o planejamento familiar⁶⁴.

Sobre o planejamento familiar, Olga Jubert G. Krell acentua o seu caráter dúplice:

Em suma, é possível afirmar que o direito ao planejamento familiar possui duas faces: ora é fundamento constitucional à contracepção e à esterilização, ora é fundamento constitucional ao direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos, isto porque, repita-se, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não⁶⁵.

O direito ao planejamento familiar deve ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher. Na vigência da sociedade conjugal ou da união estável deve haver uma interdependência entre o direito do homem e da mulher. Nesse contexto, a Constituição submete o planejamento familiar à “livre decisão do casal”.

⁶¹ Art. 3º. O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único. As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção; (...).

⁶² Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 449.

⁶⁴ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 163.

⁶⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Op. cit.*, p. 107.

Com o mesmo espírito, a Lei n. 9263/96 estabelece que “na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges” (art. 10, § 5^o⁶⁶). Parece, no entanto, que havendo divergência na matéria, como na hipótese do cônjuge negar o consentimento necessário para a esterilização ou para a inseminação heteróloga da mulher, caberá ao Judiciário decidir⁶⁷.

Há que se ressaltar, finalmente, embora o assunto seja abordado em tópico mais a frente, que o direito ao planejamento familiar não representa apenas o direito fundamental à reprodução ou o acesso aos métodos contraceptivos, mas, impõe responsabilidade no campo da relação de parentalidade e filiação.

Embora o direito ao planejamento tenha assento constitucional, como todo em qualquer outro direito, não é absoluto, devendo ser harmonizado com outros princípios constitucionais. Não se concebe, assim, a prática do aborto, por exemplo, como exercício do planejamento familiar. “Paternidade responsável e planejamento familiar não é, convém ressaltar, praticar aborto, mas adotar medidas preventivas de gravidez”⁶⁸.

Nessa linha de raciocínio, deduz-se que nas ações relativas ao planejamento familiar deve sempre ser levado em consideração, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável em que se fundamenta expressamente, os princípios: a) da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227 da CF); o da plena igualdade entre os filhos (art. 227, § 6^o da CF); o de acesso universal e

⁶⁶ § 5^o. Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

⁶⁷ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 162.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 138.

igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196 da CF)⁶⁹.

1.2.4. *Direito à saúde*

Além dos fundamentos já expostos, o direito à procriação se manifesta como elemento essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana. Na realidade, todos os fundamentos são importantes para amparar o direito à procriação, porém, analisando-se cada um deles detidamente, pode-se concluir que todos convergem, mesmo que indiretamente, para uma noção de direito à saúde em um sentido amplo. A idéia de autonomia reprodutiva e planejamento familiar responsável sustentam juridicamente o direito à procriação e, em última análise, relacionam-se também com a proteção à saúde reprodutiva. Todos os fundamentos acabam por desaguar em uma garantia do direito à saúde.

O direito à saúde em seu sentido amplo, nos moldes em que se apresenta atualmente no ordenamento jurídico-constitucional, funciona também como um dos alicerces do direito à procriação. Como uma via de mão dupla, no entanto, no direito à procriação deve estar inserido a proteção à saúde dos envolvidos no processo reprodutivo.

A proteção à integridade físico-psíquica das pessoas, nessa perspectiva abrangente, somente foi possível com uma ampliação do conceito tradicional do direito à saúde, cujo teor veio expresso no texto constitucional de 1988.

Aliás, José Afonso da Silva se surpreende com o fato de que somente na Constituição Federal de 1988 o direito à saúde foi erigido à categoria de direito do homem. Ao comentar sobre esse direito social, observa o autor que: “É espantoso

⁶⁹ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 161.

como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”⁷⁰.

O direito à saúde é consagrado pelo art. 6º⁷¹ da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados.

A evolução do conceito do direito à saúde levou, ainda, a Constituição Federal de 1988 a declarar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196⁷²).

Não obstante o ingresso tardio dos direitos sociais no terreno jurídico-constitucional, comparando-os com os direitos de primeira geração, eles “são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas... são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias”⁷³.

Releva notar, ainda, que como a Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à saúde como direito fundamental, as normas que o garantem têm aplicação

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 311.

⁷¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 446.

imediate, na forma do art. 5º, § 1º⁷⁴ do próprio texto constitucional. Este entendimento, ao que parece, a despeito de alguma discrepância inicial, está sedimentado e decorre da própria concepção de normatividade direta da Constituição⁷⁵.

Como ocorre com os direitos sociais em geral e considerando-se a atual situação das ciências da vida, o direito à saúde comporta duas vertentes: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”⁷⁶. Trata-se de um direito com conteúdo positivo que exige prestações do Estado para concretização de seu fim.

Pietro Perlingieri anota que o conteúdo do direito à saúde não pode ficar limitado ao respeito à integridade física. “A saúde refere-se também àquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última”⁷⁷.

O conceito de saúde expresso no texto constitucional não se restringe à ausência de doença. Para Petracco, Badalotti e Arent, saúde não é só ausência de doença, seu conceito é mais abrangente e envolve bem-estar físico, mental e social. Isto implica, dizem eles, que homens e mulheres sejam informados e tenham direito

⁷⁴ Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Júris Síntese n. 54 – Jul/Ago de 2005.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 312. Lembrando que o constitucionalista brasileiro anota que ‘prestações estaduais’ significa na terminologia brasileira, prestações estatais.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 158.

de acesso a serviços apropriados de saúde, que possibilitem à mulher uma gravidez⁷⁸.

O direito à saúde se revela como uma decorrência do próprio direito à vida. A vida envolve a noção de saúde que, por sua vez, abrange não apenas doenças ou moléstias físicas, mas também males psíquicos e mentais, o que impõe a promoção de medidas preventivas e reparadoras por parte do Estado⁷⁹.

Do direito à vida e do princípio da dignidade humana, dentre outros, certamente decorre o direito à saúde. Não se pode dissociar o direito à saúde da dignidade da pessoa humana, eis que para uma existência digna, imprescindível o bem estar físico e psíquico. Trata-se de um dos diversos componentes da dignidade da pessoa humana.

Não resta dúvida, portanto, de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) da pessoa⁸⁰. Em verdade, os direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, são explicitações da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais não foram escolhidos aleatoriamente ou de acordo com a boa vontade do legislador constituinte, mas sim pelo fato de serem instrumentos de concretização da dignidade humana.

Nesse contexto, enquadra-se o entendimento de José Manuel M. Cardoso da Costa que, ao discorrer sobre a dignidade humana na Constituição de Portugal, defende posicionamento idêntico:

Na verdade, se o primeiro dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, então necessariamente que o enunciado de um catálogo

⁷⁸ PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2.

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 709.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 90.

de direitos fundamentais na Constituição portuguesa não releva de uma mera concessão voluntarista (positivista) do legislador constituinte – não representa uma simples “graça do príncipe”, uma concessão do poder do Estado, mas exprime, sim, o reconhecimento de um conjunto de direitos inalienáveis e inderrogáveis, anteriores ao Estado e que este tem de respeitar, que se ligam e emergem da própria dignidade do homem enquanto homem, e enquanto pessoa, e são expressão infungível dessa dignidade⁸¹.

Evidencia-se, assim, que o direito à saúde é um dos direitos fundamentais que constituem o “centro nervoso da dignidade da pessoa enquanto posição subjetiva”⁸². Para se assegurar um mínimo existencial, consagrado pelo princípio da dignidade humana, o Estado deve garantir a proteção à saúde.

Nessa perspectiva moderna do sentido do direito à saúde, o direito à reprodução se revela como essencial para assegurar o bem-estar psíquico e físico das pessoas. A capacidade de gerar, sem dúvida, proporciona o desenvolvimento da pessoa e, como tal, deve ser assegurado para a concretização do direito à saúde.

Confortando esse posicionamento, a Organização Mundial de Saúde afirma que:

Saúde reprodutiva é um estado de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência⁸³.

Nessa mesma linha de raciocínio, as conferências internacionais reconheceram a questão da reprodução como de saúde pública, mudando o paradigma até então vigente sobre o tema.

⁸¹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *In*: BARROS, Sérgio Resende de Barros; AURÉLIO, Fernando. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 192.

⁸² JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 243.

Depois da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e de Pequim (Beijing) de 1995 sobre as mulheres, a história da autonomia reprodutiva progrediu bastante. Pela primeira vez, em sede oficial, admitiu-se a denominação “direitos reprodutivos” (*reproductive rights*), explicitados como direitos fundamentais ou humanos, entendidos como os direitos de “decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre o planejamento familiar”.⁸⁴

Tanto na Conferência do Cairo como na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim foram reconhecidos os direitos reprodutivos, consistentes no poder de todos os casais decidirem livre e responsabilmente o número de filhos e o espaçamento entre eles.

A importância da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994 emerge ainda do fato de que esse instrumento jurídico introduziu um novo paradigma à temática do desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos. Firmou-se o princípio de que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos, permitindo-se a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva⁸⁵. Abandona-se, portanto, a concepção de políticas públicas voltadas à reprodução apenas com o intuito de controle populacional pura e simplesmente, para a noção de direitos reprodutivos, em que se objetiva a concretização da saúde

⁸⁴ BARBOSA, Heloísa Helena. Reprodução assistida e novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

⁸⁵ LINHARES, Leila *apud* PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 241.

reprodutiva, através de conscientização e responsabilidade dos envolvidos no processo de procriação.

Constata-se, assim, que as pessoas que não possuem a capacidade natural para gerar filhos devem ser consideradas como portadoras de deficiências, visto que o estado natural do ser humano saudável inclui esta capacidade física de reprodução.

Ante isso, justifica-se nestes casos o uso das técnicas de reprodução assistida, como bem lembra Olga Jubert G. Krell:

A 'saúde sexual' de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos⁸⁶.

Infere-se que o direito à procriação é instrumento necessário para se assegurar o bem estar físico e emocional das pessoas e, nesse sentido, sua concretização é uma das formas de proteção à saúde.

Denota-se que o direito à procriação se ampara em princípios constitucionais e em instrumentos jurídicos internacionais, o que lhe confere existência no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do direito à liberdade, do direito à saúde e o disposto sobre o planejamento familiar, pode-se, sem sombra de dúvida, reconhecer a procriação humana como um direito fundamental.

Como consequência, principalmente, do direito à liberdade e à saúde, o direito à procriação se expressa também através de uma liberdade de não reproduzir.

⁸⁶ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Op. cit.*, p. 110.

1.3. Direito a não procriar

Conforme já demonstrado anteriormente, sob o manto representado pelo direito à liberdade se alojam diversas facetas da própria liberdade, não se limitando à proibição de prisão arbitrária pelo Estado ou à garantia de locomoção, comportando também a autonomia e a possibilidade de cada um, em sua esfera íntima, tomar livremente suas decisões sobre sua vida pessoal. Sucede daí que o direito à reprodução, por dizer respeito à esfera íntima do casal, decorre também do direito à liberdade.

Ocorre que, o direito à reprodução, amparado no princípio da autonomia, compreende uma faceta positiva, que permite ao casal decidir livremente sobre a procriação – ressalvando-se sempre o direito de outros envolvidos no ato da reprodução, como se verá mais a frente. Porém, encerra um aspecto negativo, que credencia o casal a optar pela não procriação.

Esse caráter negativo do direito a procriação é salientado por Maria Claudia Crespo Brauner: “Partindo da constatação de que a trajetória histórica acarretou uma ressignificação dos papéis feminino e masculino na sociedade e na família, este fato leva a considerar que o direito de não gerar, inclui-se igualmente no exercício da liberdade e autonomia dos indivíduos”⁸⁷.

Nos dias atuais, é opção igualmente comum das pessoas não gerarem, mesmo vivendo em uma relação afetiva estável e apresentando condições físicas e econômicas para ter e criar filhos. Esse fato chama a atenção e parece estar ligado a fatores culturais, sociológicos e econômicos. Se antigamente os casais procuravam uma prole numerosa que correspondesse à necessidade de mais força de trabalho e de sobrevivência do grupo familiar, atualmente muitos casais optam

⁸⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 52.

por ter um filho ou simplesmente não gerar⁸⁸. A decisão do casal de não ter filhos, se tomada de forma consciente e livre, é legítima ante a liberdade de procriação.

Na verdade, esse direito à não procriação somente se tornou possível com o advento dos métodos contraceptivos, que possibilitaram ao casal a programação dos nascimentos. Através desses métodos houve uma ruptura entre o ato sexual e o ato de procriação.

A par dessa evolução médico-científica, ensejando ao casal a escolha de ter filhos ou não, mesmo sem abdicar do ato sexual, Mônica Sartori Scarparo lembra que, do ponto de vista da cultura, o que se percebe atualmente, é a transição do pensamento judaico-cristão – em que a geração da prole constituía a causa determinante e o fim único do casamento – para um entendimento de que a procriação não é obrigatória, sendo encarada como direito de cada indivíduo, se e quando ele a considerar importante para o seu contexto existencial⁸⁹.

O direito à não reprodução também veio contemplado na Lei n. 9263/96, que explicitou o direito ao planejamento familiar disposto no art. 226, § 7º da Constituição Federal. Como já salientado, o planejamento familiar obriga o SUS a garantir o programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção”, devendo ser oferecido para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 3º, parágrafo único, I e art. 9º).

O direito ao planejamento familiar se revela também como fundamento à contracepção. No entanto, é fácil perceber que os direitos reprodutivos, na

⁸⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 53.

⁸⁹ SCARPARO, Mônica Sartori. *Op. cit.*, p. 2.

atualidade, têm muito mais de liberdade negativa do que positiva: o direito de não ter filhos em vez de tê-los⁹⁰.

Heloísa Helena Barbosa também chama a atenção para esse aspecto relatando que o que se pode enxergar na prática é que, à semelhança do verificado em outros países, predominam as ações voltadas para a anticoncepção. As políticas e os planos governamentais são implementados de forma a ressaltar o aspecto negativo do planejamento familiar⁹¹.

Conforme ressaltado anteriormente, o aborto não deve ser considerado como meio de planejamento familiar, devendo o poder público conscientizar a população sobre métodos seguros de contracepção⁹². O aborto é tratado no nosso ordenamento jurídico como crime comum (art. 124 a 127 do Código Penal), dispondo a lei sobre duas situações que excluem a antijuridicidade da conduta: o aborto necessário ou terapêutico (art. 128, inciso I do Código Penal) – para salvar a gestante – e o aborto legal ou de honra (art. 128, inciso II do Código Penal) – quando a gestação teve por origem estupro⁹³. Não há como se permitir, portanto, que o aborto seja difundido como forma de planejamento familiar.

Não resta dúvida de que é legítimo ao Estado desenvolver programas de planejamento familiar, até mesmo com ampla divulgação dos métodos contraceptivos. O que não se pode admitir é uma política de controle da vida

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 135.

⁹¹ BARBOSA, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p. 161.

⁹² Nesse sentido: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 27 e DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 138.

⁹³ Há uma terceira categoria não prevista expressamente como excludente de ilicitude, mas que vem sendo permitida através de uma interpretação realizada pelos juízes, possibilitando o aborto mediante a prévia autorização judicial, quando há má formação do feto. É o chamado aborto eugenésico ou eugênico. SEBASTIÃO, Jurandir. O avanço da medicina e as implicações na ordem jurídica. *In*: LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de (coord.). **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 481. Defendendo, também, a possibilidade da realização de aborto eugênico, tem-se: CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico – uma questão biojurídica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 439/465.

reprodutiva da população que não esteja baseada tão-somente na escolha livre e consciente do casal. Conforme enfatiza Maria Helena Diniz: “O controle da fertilidade não deve ter por escopo a extirpação da pobreza, mas estar no cálculo da escolha consciente, ou seja, num planejamento familiar caracterizado pelo posicionamento do ‘sim’ à vida a dois, assumida com senso de responsabilidade”⁹⁴.

Respeitados esses limites impostos principalmente ao Estado, as práticas contraceptivas devem ser ofertadas, desde que cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Assim, é direito do casal, em decisão conjunta, escolher o método contraceptivo.

Ademais, é possível o acesso à esterilização cirúrgica como método contraceptivo.

A esterilização humana artificial consiste no ato de empregar técnicas especiais, cirúrgicas ou não, no homem ou na mulher, para impedir a fecundação⁹⁵.

No Brasil, a Lei n. 9263/96 prevê a possibilidade da esterilização cirúrgica como método contraceptivo apenas por meio da laqueadura tubária, vasectomia ou outro método cientificamente aceito, sendo vedada a histerectomia (retirada do útero) e a ooforectomia (ablação dos ovários) (art. 10, § 4º⁹⁶). A lei, buscando não banalizar o uso da esterilização voluntária, condicionou o emprego desse método contraceptivo a vários requisitos.

É possível apenas a pessoas com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos, ou com pelo menos dois filhos vivos, permitindo-se o procedimento, também, se houver risco à vida da mulher ou do concepto. A esterilização cirúrgica

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 132.

⁹⁵ KIRMSE, José Raul Torres *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 142.

⁹⁶ Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: § 4º. A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

em pessoas absolutamente incapazes requer necessariamente autorização judicial para ser realizada⁹⁷.

Imprescindível o registro expresso da vontade após informações sobre os riscos e efeitos da cirurgia, observando-se um lapso temporal de sessenta dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico. A Lei n. 9263/96 criou um tipo penal que considera crime a realização da cirurgia em descumprimento às condições ali impostas.

Deve-se proibir, no entanto, mesmo que com a manifestação de vontade dos interessados, o método que implique em agressões à dignidade humana, tais como as que mutilam o corpo, em detrimento de sua integridade normal, como, por exemplo, cirurgias obliterantes ou ablativas das gônadas, amputações imotivadas ou desnecessárias⁹⁸.

Mesmo com todas essas limitações, estima-se que o Brasil detenha um dos maiores índices de esterilização do mundo e que este método é utilizado de forma abusiva por mulheres jovens. Essa esterilização em massa das mulheres e homens traz conseqüências negativas no campo dos direitos humanos e da cidadania, havendo um processo de degradação humana, já que muitas mulheres pobres são induzidas a esterilizar-se, não dispondo de autonomia e informações suficientes para essa escolha, infringindo-se os seus direitos sexuais e reprodutivos⁹⁹.

A esterilização artificial, no entanto, desde que se percorra os procedimentos legais e esteja baseada na decisão livre e consciente do casal, é perfeitamente válida, ante a autonomia reprodutiva em seu sentido negativo.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 255.

⁹⁸ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 37.

⁹⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Op. cit.*, p. 33.

Não se constituindo mais a procriação como um dever do casamento ou uma obrigação do casal, a opção pela não procriação também encontra respaldo legal e, quando desejada, incumbe ao Estado prover os meios para sua garantia através de métodos contraceptivos ou a esterilização voluntária.

A liberdade de não procriar é legítima e legal se assentada na vontade do casal. Quando, no entanto, a impossibilidade de gerar estiver ligada às causas de infertilidade ou esterilidades decorrentes de problemas de saúde, o direito à procriação fica vulnerado e é preciso se disponibilizar meios para que as pessoas possam concretizar este direito constitucionalmente reconhecido.

2. TÉCNICAS DE PROcriação ASSISTIDA

2.1. Esterilidade

Na história humana, sempre houve a preocupação com a impossibilidade de gerar filhos e com os problemas da infertilidade. A esterilidade sempre foi vista como algo negativo, como um castigo divino, enquanto que a fecundidade se relacionava à idéia de felicidade, bonança e graça divina. “Havia uma maldição e um estigma milenar no entorno da esterilidade, em quase todas as culturas e, em contrapartida, a santificação da fertilidade”¹⁰⁰.

A fecundidade vinculada à noção de bem e a esterilidade à idéia de mal foram disseminadas através das religiões e das culturas antigas.

A religião reforçou esses conceitos, pois a ela interessava para o domínio social. Assim, a religião insinuou uma crença de que a reprodução humana era uma manifestação exclusiva de Deus, e ao homem sequer era permitido discuti-la ou contestá-la. Se esse ser mortal ousasse interferir em tais dogmas, estaria agredindo o próprio Deus¹⁰¹.

Na Bíblia encontram-se relatos de mulheres que oravam a Deus para que abrisse suas trompas e assim pudessem gerar filhos (Salmo 113:9: “Faz que a mulher estéril viva em família e seja alegre mãe de filhos”; Gênesis 30:1: “Vendo, Raquel, que não dava filhos a Jacó, teve ciúmes de sua irmã e disse a Jacó: dá-me filhos, senão morrerá”).

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Fátima *apud* QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 275.

¹⁰¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 275.

Os profetas usaram a metáfora da esterilidade para descrever a condição de Israel, que se sentia abandonado ou amaldiçoado por Deus. O texto de Isaías 54 contém sua mensagem profética revogando a maldição da esterilidade e Israel se torna uma mulher fértil com muitos filhos.

Por essas referências bíblicas é possível se verificar a importância dos filhos para os povos cristãos¹⁰².

Não somente no cristianismo se percebia a importância da fecundidade, mas também em qualquer religião das famílias antigas a maior desgraça temida era a interrupção da linhagem, pois, depois da morte, não haveria ninguém a prestar o culto devido. Essa religião obrigava o homem a se casar e facultava o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura¹⁰³.

Todas essas sensações, vivenciadas de forma empírica pelos povos primitivos, foram revestidas de autenticidade e legitimidade com o advento da cultura clássica através dos povos gregos e romanos.

Em Roma, a esterilidade da mulher justificava o repúdio do marido e, o que antes era vivido de maneira sensitiva, torna-se um dos elementos de rejeição institucionalizada¹⁰⁴.

Até o final do século XV, praticamente por quase toda a Idade Média, era inadmissível a idéia de que pudesse ocorrer a esterilidade masculina. Desde as mais remotas épocas coube à mulher a responsabilidade pela concepção e pela anticoncepção. A ela caberia receber a semente do homem e procriar. A esterilidade

¹⁰² CAMARGO, Juliana Frozel. *Op. cit.*, p. 13/14.

¹⁰³ COULANGES, Fustel. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 18.

ou a infertilidade sempre colocou a mulher em uma condição de inferioridade, submetendo-a a forte discriminação¹⁰⁵.

No final do século XVI, precisamente em 1590, com a invenção do microscópio, por Leenwenhoek, o estudo da esterilidade foi realizado de forma científica. Porém, foi em 1677 que Johann Ham afirmou que a esterilidade poderia ocorrer também por ausência ou escassez de espermatozóides. Ou seja, somente no século XVII, admitiu-se, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina. Logo, a noção de esterilidade conjugal surgiu no século XVII. Abriam-se novos horizontes ao problema da esterilidade humana¹⁰⁶.

Em 1875 e 1890, no final do século XIX, pesquisadores concluem, a partir da análise em mamíferos e peixes, que a fecundação é obtida através da união do núcleo do espermatozóide e do óvulo. Essas foram as bases para que, no século XX, com o conhecimento dos hormônios, chegasse-se às descobertas decisivas capazes de garantir a evolução das procriações artificiais¹⁰⁷.

Muito embora os termos esterilidade e infertilidade sejam usados indistintamente, para designar a incapacidade de reprodução, na literatura biológica, há diferenças conceituais entre elas. Essa diferença, entretanto, embora reconhecida pelos autores em geral, não se estabelece sem divergências. Os conceitos variam segundo alguns autores.

Juliana Frozel de Camargo expõe que a infertilidade advém de causas orgânicas ou funcionais, que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilitam a produção de filhos; enquanto que a esterilidade consiste na incapacidade do homem

¹⁰⁵ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves *apud* QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

e da mulher, por causas funcionais ou orgânicas, de fecundarem por um período de relação sexual de no mínimo de dois anos¹⁰⁸.

Raquel de Lima L. S. Alvarenga fornece a seguinte definição:

A infertilidade é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura¹⁰⁹.

Maria Helena Machado, invocando as lições de Léo Pessini, apresenta outro conceito:

A esterilidade se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva de conceber. Estéril se constitui o matrimônio ou casal que, depois de um ano de relacionamento sexual, com uma frequência adequada e sem qualquer medida contraceptiva, não consegue gravidez. A infertilidade é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade¹¹⁰.

Thomas Lathrop Stedman entende que a esterilidade é a incapacidade de fertilização ou reprodução e a infertilidade é uma esterilidade relativa¹¹¹.

Em termos genéricos, pode-se afirmar que a esterilidade aparece como uma incapacidade irreversível para conceber e a infertilidade é uma incapacidade para concepção que pode não ser definitiva¹¹².

Na realidade, tanto a infertilidade como a esterilidade, em suas diversas formas, são tratadas como doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde e, portanto, podem ser tratadas. A

¹⁰⁸ CAMARGO, Juliana Frozel. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁹ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

¹¹⁰ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos, 1ª edição. Curitiba: Juruá, 4ª tiragem, 2006, p. 20/21.

¹¹¹ STEDMAN, Thomas Lathrop *apud* CAMARGO, Juliana Frozel. *Op. cit.*, p. 17.

¹¹² É esse o conceito adotado por Rafael Junquera de Estefani: "La infertilidad es una incapacidad para la concepción que puede no ser definitiva. La esterilidad, sin embargo, aparece como una incapacidad irreversible para concebir". ESTEFANI, Rafael Junquera de. **Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 17.

Organização Mundial de Saúde (OMS) define a infertilidade como a falha em conceber depois de, no mínimo, um ano de vida sexual normal sem uso de contraceptivo.

Para fins deste trabalho, no entanto, os dois problemas serão tratados de forma idêntica, isto é, como a incapacidade do homem e da mulher, ou de ambos, para procriação natural.

A infertilidade ou a esterilidade podem se originar em causas femininas ou masculinas, mistas, sem causa aparente ou de origem desconhecida. Normalmente se qualificam como sendo um problema de ordem física (orgânico) ou psicológico (mental)¹¹³.

As causas de infertilidade na mulher estão ligadas a doenças gerais, a anomalias congênitas, a disfunções endócrinas e a patologias do aparelho genital. A causa mais freqüente da infertilidade feminina é a de origem endócrina, que pode atingir tanto órgãos específicos do aparelho reprodutor, como outras glândulas de secreção interna¹¹⁴.

As principais causas de infertilidade no homem estão relacionadas a problemas nos testículos (inflamações ou traumas, por exemplo), no eixo hipotálamo-hipofisário (tumor ou inflamação) e no transporte dos espermatozoides (ereção insuficiente ou ejaculação precoce verdadeira). A descoberta das causas no homem é mais difícil, pois poucos têm preocupação com sua capacidade de iniciar uma gravidez, a não ser que apresentem alguma doença congênita ou disfunção erétil. O pensamento que predomina é o de que se há ereção e ejaculação, também se pode fazer bebês. Uma atitude irreal sobre a reprodução e a função sexual, uma vez que não há

¹¹³ MACHADO, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 24.

¹¹⁴ ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. *Op. cit.*, p. 230.

ligação entre as funções de ejaculação e produção de sêmen com a capacidade dos testículos em produzir espermatozóides. A produção dos espermatozóides e a função ejaculatória são atividades fisiológicas separadas¹¹⁵.

Afora as causas biológicas e físicas apontadas, que ensejam eventualmente a infertilidade no homem e na mulher, fatores culturais e econômicos também vêm interferindo na capacidade reprodutiva das pessoas.

Um desses fatores, responsáveis pelas disfunções ligadas à atividade reprodutora humana, está relacionado à procura tardia da gravidez pelas mulheres, depois de anos de utilização de métodos anticoncepcionais, além do stress da vida moderna. Observa-se que a mulher aguarda mais tempo para ter filhos, o que decorre da necessidade de formação profissional, realização afetiva e conquista de objetivos no âmbito pessoal e econômico. Todos esses aspectos da vida moderna fizeram com que a mulher retardasse o projeto de gerar um filho¹¹⁶. Ao tempo que adia a gravidez, a mulher se sujeita a uma série de infecções e viroses que dificultam a fecundação e aumentam o índice de infertilidade entre as mulheres¹¹⁷.

Nos homens, além do retardamento pela opção de ter filho, o estresse constitui-se na maioria das causas da infertilidade masculina¹¹⁸.

Na realidade, independentemente dos fatores que concorram para a esterilidade ou a infertilidade, constata-se que a impossibilidade de procriar surge como um motivo de angústia e infelicidade para o casal, que vê seu projeto parental frustrado.

Nas precisas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, a esterilidade para o casal se constitui em problema familiar e social:

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 231.

¹¹⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 58.

¹¹⁷ MACHADO, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 25.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

A confirmação do diagnóstico gera a raiva que mascara os sentimentos de intensa dor e angústia. A raiva é direcionada à pessoa que se encontra mais próxima do casal, no caso, o médico. Já consciente da dura realidade, o casal se isola e se nega a dividir o problema com familiares ou amigos, o que é compreensível: a vergonha, o temor de ser objeto de pena e o medo dos conselhos inadequados acentua o isolamento. Com relação à família, a infertilidade do casal, incapaz de gerar um filho, frustra as expectativas dos parentes, especialmente dos futuros avós, assim como, em relação aos amigos, destroem-se as esperanças do meio social¹¹⁹.

Aliado ao aspecto social, a descoberta da doença relacionada à impossibilidade de procriar naturalmente gera uma série de desequilíbrios psicológicos no casal, afetando-o em sua integridade físico-psíquica. De tal sorte que, as técnicas de reprodução assistida permitem que tais problemas que afetam diretamente a saúde das pessoas envolvidas possam ser sanados, mesmo que se saiba que a esterilidade permanecerá depois da concepção e do nascimento do filho¹²⁰.

A procriação artificial surge, assim, como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril. No momento em que não há procriação natural, decorrente da relação sexual, pode-se atualmente recorrer a uma das técnicas de concepção.

Ademais, de acordo com o que vem sendo defendido no trabalho, a esterilidade representa uma nódoa na saúde reprodutiva e um obstáculo ao pleno exercício do direito à procriação. Em conformidade com essa diretriz, a Constituição Federal de 1988 consagrou o planejamento familiar e, portanto, a autonomia reprodutiva, legitimando um direito à procriação assistida, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

2.2. As técnicas de procriação assistida

¹¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 25.

¹²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 711.

2.2.1. Breve referência histórica

Remontam aos povos babilônicos e árabes as primeiras referências às origens da inseminação artificial. Conta-se que tais povos praticavam a polinização em palmeira a fim de melhorar a qualidade e quantidade dos frutos produzidos.

Quanto aos mamíferos, há registros de no ano de 1322 um árabe de Daifur ter conseguido inseminar com êxito uma égua com espermatozoides de um cavalo de uma tribo inimiga¹²¹.

Ainda que existam referências avulsas de experimentos, as primeiras tentativas confirmadas de tal prática tiveram lugar em finais do século XVII, quando dois cientistas, Malpighi e Bibrena, empreenderam a fecundação em ovos do bicho da seda.

Em 1784, o cientista italiano Spallanzani, após ensaios com óvulos de rãs, prosseguiu suas pesquisas com a fertilização de uma cadela que já tivera várias ninhadas de filhotes¹²².

Datam de finais do século XVIII (1785) notícias de que Thouret, professor da faculdade de Paris, fecundou sua mulher com injeção intravaginal, do seu próprio sêmen, com uma seringa de estanho. Mesmo caso ocorrido na Inglaterra em 1790 ou 1791, com o cirurgião John Hunter, ao fazer que a esposa de um alto dignatário britânico tivesse filho graças à inseminação artificial.

No final do séc. XIX, a inseminação já era praticada por muitos médicos. No ano de 1883, a Sociedade de Medicina Legal de Paris declarava-se favorável à inseminação artificial, mas um ano depois, em 27 de agosto de 1884, o Tribunal de primeira instância de Bordeux considerava improcedente a ação de honorários por

¹²¹ DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 18.

¹²² SCARPARO, Mônica Sartori. *Op. cit.*, p. 06.

uma atuação médica de inseminação artificial com sêmen de doador, com o argumento de que tais práticas constituíam um perigo social.

A Congregação do Santo Ofício de Roma, em 1897, declarou a inseminação como não lícita.

O início do século XX marca o crescimento da importância da inseminação medicamente assistida, em especial nos Estados Unidos, Inglaterra e Suécia.

É sobretudo, no entanto, a partir dos anos 40, que se dá uma maior evolução do uso da inseminação artificial com o surgimento dos primeiros bancos de sêmen, sendo que, em 1953, Sherman consegue obter a primeira gravidez com sêmen congelado. Durante a II Guerra Mundial milhares de crianças norte-americanas foram geradas com o sêmen de soldados que lutavam no pacífico¹²³.

Outro ano chave foi o de 1969, pois, pela primeira vez, Beckwith, Shapiro e Eron conseguiram isolar um gene e torná-lo visível ao microscópio.

Em 25 de julho de 1978, outro marco importante do progresso na área, pois nasce, na Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo, como resultado das pesquisas dos médicos Robert Edwards e Patrick Steptoe. Depois disso, vários grupos de trabalho em todo o mundo alcançaram êxitos¹²⁴.

Com essa técnica também foi concebida Ana Paula Caldeira, nascida em 07 de outubro de 1984, tornando-se o primeiro ser humano nascido no Brasil pelo método da reprodução *in vitro*¹²⁵.

¹²³ DIAS, João Álvaro. *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹²⁵ HATEM, Daniela Soares. *Op. cit.*, p. 190.

2.2.2. Classificação das técnicas de procriação assistida

Antes de se abordar a classificação das técnicas, faz-se necessário alguns esclarecimentos sobre as diversas nomenclaturas que designam o fenômeno da “reprodução humana no qual o aparato biomédico interfere de alguma forma, ora manuseando gametas, ora manipulando pré-embriões”¹²⁶.

Costuma-se denominar o uso de tais meios, genericamente, de fecundação artificial, denominação essa inexata, na opinião de Piero Bailo, uma vez que artificiais são as maneiras de se obter a fecundação e não esta em si¹²⁷.

A expressão corrente, mais conhecida do público leigo, para designar as técnicas é: inseminação artificial. Inseminação deriva do latim, tendo origem no verbo *inseminare*, formado pela preposição *in* (em) mais *seminare*, o qual incorpora o termo sêmen, que significa semente, grão de semear, germe, princípio, origem, fonte, causa. Os sentidos de *inseminare*, portanto, são os de procriar, gerar, disseminar, difundir¹²⁸. De acordo com os diversos significados atribuídos à palavra inseminação, inclusive como sinônimo de procriação, não estaria de todo equivocado englobar todas as técnicas sob essa nomenclatura, porém, praticamente a unanimidade dos autores participa do entendimento de que a “inseminação, como forma de fecundação artificial, significa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, cujo objetivo é a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal”¹²⁹.

Encontram-se também as denominações: concepção artificial, impregnação artificial, fertilização artificial, sementeira artificial, fecundação ou fertilização

¹²⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002, p. 53.

¹²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas. Curitiba: Gênese, 2004, p. 19.

¹²⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. *Op. cit.*, p. 5.

¹²⁹ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28

assistida¹³⁰, procriação artificial¹³¹, técnicas da infertilidade¹³², procriação assistida¹³³, reprodução assistida ou reprodução humana assistida¹³⁴.

Propõe-se no presente estudo duas classificações, a primeira, tomando como base a origem dos gametas e, a outra, tendo como referência as diferentes técnicas utilizadas para facilitar a união dos mesmos.

Quanto à origem dos gametas, a reprodução pode ser homóloga, heteróloga ou mista¹³⁵.

A reprodução homóloga é aquela realizada utilizando-se os gametas (espermatozóide e óvulo) do próprio casal que busca a solução para seus problemas de fertilidade ou de sexualidade, sem a participação de um terceiro doador na fertilização. Na realidade, quando a reprodução assistida é homóloga, a gravidez se desenvolve no útero do cônjuge feminino ou da companheira que forneceu o óvulo e sem excedente de pré-embrião, nenhum questionamento ético pode ser levantado¹³⁶. Não obstante isso, podem surgir questões que suscitam divergências, como a reprodução *post mortem*, a reprodução sem o consentimento de um dos cônjuges, ou questões pertinentes ao direito civil sobre a titularidade dos gametas ou pré-embriões criopreservados, no caso de ocorrer divórcio¹³⁷.

¹³⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. *Op. cit.*, p. 6.

¹³¹ Essa designação é utilizada por Eduardo de Oliveira Leite em obra referência sobre o assunto: "Procriação artificial e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT".

¹³² Nome conferido ao fenômeno por Reinaldo Pereira e Silva em Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

¹³³ Expressão utilizada por João Álvaro Dias em Procriação assistida e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

¹³⁴ Essas duas últimas terminologias parecem ser as mais adotadas atualmente no Brasil pelos autores. A primeira foi adotada no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1358/92) e a última é a que consta no Projeto de Lei n. 90 de 1999 que disciplina o uso das técnicas de reprodução assistida.

¹³⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: RT, 2001, p. 45.

¹³⁶ SEBASTIÃO, Jurandir. O avanço da medicina e as implicações na ordem jurídica. *In*: LANA, Roberto Lauro (Coord.). **Temas de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2005, p. 498.

¹³⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Op. cit.*, p. 45.

Heteróloga¹³⁸, por sua vez, diz-se da reprodução realizada com a participação de gametas (espermatozóides ou óvulos) de um terceiro doador (ou receptor), alheio ao casal que deseja ter filhos. Nesse tipo de reprodução assistida, residem as múltiplas objeções éticas e jurídicas, como, por exemplo, a introdução de material genético hereditário estranho ao do casal, a revelação do doador e sua relação com o nascituro gerado através destas técnicas, o consentimento do marido ou companheiro para fecundar a esposa com sêmen que não é seu, a filiação ou determinação da paternidade legal – distinta da biológica – entre outros¹³⁹. A concepção realizada com intervenção de terceiro dissocia o ato da procriação do ato da paternidade, o que levou, juridicamente, a um repensar do instituto da filiação¹⁴⁰.

Entendida como uma sub-espécie da heteróloga, a reprodução mista, confusa ou combinada, consiste na realização da fecundação de uma mulher com semens provenientes de vários homens, entre os quais se encontra incluído o sêmen de seu parceiro; bem como a fecundação realizada com óvulos de distintas mulheres, misturados aos óvulos da esposa ou companheira do casal que deseja ter filhos¹⁴¹.

Como se observa, a classificação, cujo critério distintivo é a origem dos gametas, é de fundamental importância para o direito, eis que a partir dessa diferenciação poderão advir conseqüências diferentes em relação à determinação da paternidade/maternidade e no campo da filiação.

¹³⁸ Márcia Neves Pinto critica o conceito utilizado amplamente pela doutrina latino-americana por considerá-lo pouco preciso cientificamente. Diz que heterólogo é o processo que envolve espécies biológicas diversas. Portanto, desde que ocorra a fecundação com genes da espécie humana, sempre será homóloga. Aponta como mais correta a denominação inglesa: *artificial insemination husband* (inseminação artificial com sêmen do cônjuge, aqui no Brasil podendo também incluir-se o companheiro – IAC) e *artificial insemination donor* (inseminação artificial com sêmen de doador – IAD). PINTO, Márcia Neves *apud* MONTENEGRO, Sandra Lima. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 190.

¹³⁹ BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Franciso *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 277.

¹⁴¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Op. cit.*, p. 46.

A outra classificação possível é aquela que leva em consideração as diversas técnicas empregadas para a consecução da fecundação. Não se objetiva descrever todas as técnicas possíveis, mesmo porque isso é impossível ante o fato de que diuturnamente são desenvolvidas novas técnicas ou processos complementares que visam ao maior controle de toda a procriação¹⁴².

A concepção natural é conseqüência do encontro sexual entre um homem e uma mulher, ambos em idade fértil. De forma sucinta, Reinaldo Pereira e Silva esclarece que:

Para que a concepção natural aconteça, devem ser observadas as seguintes condições: a) que o homem produza nos testículos espermatozóides com capacidade de fertilizar; b) que a mulher produza nos folículos ovarianos um óvulo maduro; e c) que haja o encontro de apenas um espermatozóide com o óvulo na tuba uterina da mulher, desencadeando os eventos que culminarão com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino¹⁴³.

A concepção não natural, por sua vez, é conseqüência imediata da intervenção biomédica, visando a contornar as causas relacionadas à infertilidade humana. Em realidade, todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução interferindo no processo natural são consideradas reprodução assistida. De igual forma, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução¹⁴⁴.

Existem diversas técnicas que podem ser utilizadas para possibilitar a fecundação e a escolha adequada dependerá, caso a caso, da deficiência a ser suplantada.

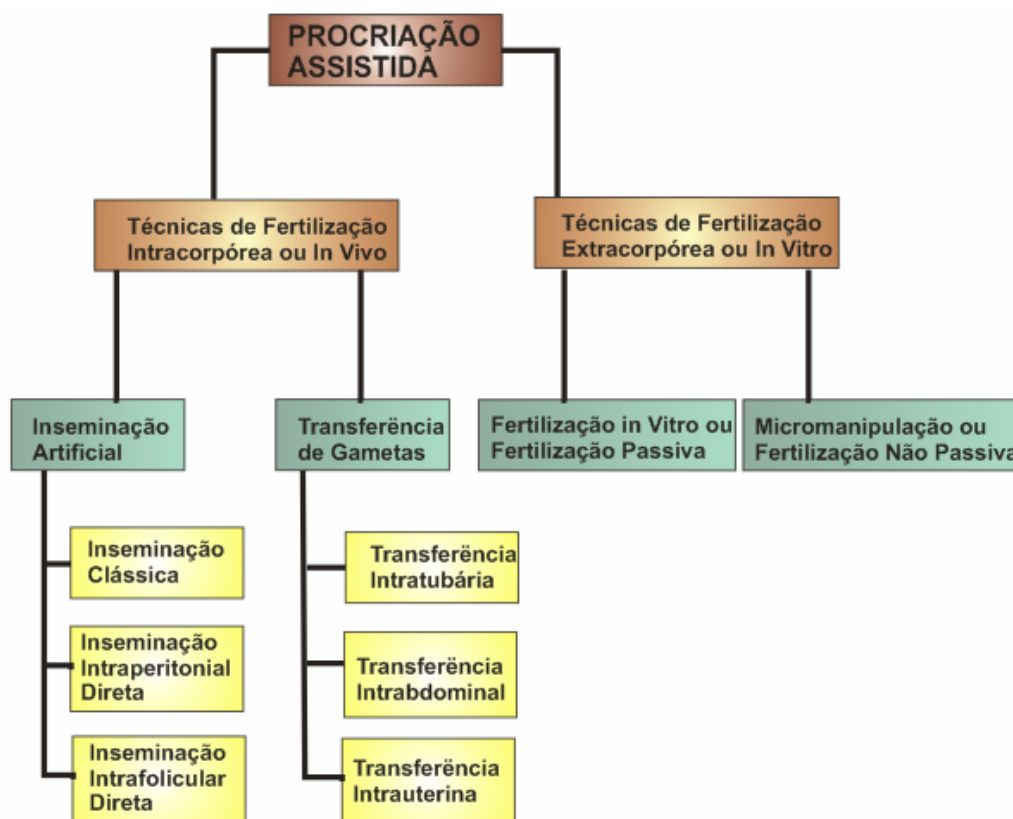
Sem a pretensão de se esgotar todas as técnicas, apresentam-se os seguintes tipos de reprodução assistida¹⁴⁵:

¹⁴² QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 276.

¹⁴³ SILVA, Reinaldo Pereira. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁵ Essa classificação é acolhida por Reinaldo Pereira e Silva e Maria Helena Machado nas obras referidas na bibliografia.



A reprodução assistida se divide em dois grandes grupos, levando-se em consideração se a fertilização ocorre no interior do organismo da mulher (intracorpórea ou *in vivo*) ou se a fecundação se dá externamente, em uma placa de cultura ou tubo de ensaio (extracorpórea ou *in vitro*)¹⁴⁶.

Na inseminação artificial, expressão proposta pelos franceses Donay, Devraigne e Seguy, a mulher é inseminada com esperma previamente colhido através do onanismo ou de preservativos, e injetado, pelo médico, no organismo da mulher¹⁴⁷. Pressupõe a integridade funcional das trompas de falópio. Visa contornar infertilidade decorrente de perturbações psíquicas ou de deficiências físicas (impotência coeundi; oligospermia, astenospermia).

¹⁴⁶ Propositamente será excluída da classificação a clonagem humana. Na clonagem os descendentes gerados, ao contrário das modalidades de concepção não natural, são geneticamente idênticos ao ascendente clonado. A fecundação é substituída pela fusão de um núcleo retirado duma célula somática do indivíduo que se deseja clonar, ou da própria célula somática, com um óvulo privado do núcleo, ou seja, do genoma de origem materna. Embora se saiba que há divergências se se trata ou não de processo de reprodução humana, para os fins deste trabalho, que trata primordialmente do direito à procriação humana, a clonagem não será analisada.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*, p. 20.

A inseminação clássica ainda pode ser intravaginal (sêmen é colocado diretamente na vagina), intracervical (no interior do colo do útero) e intra-uterina (cavidade uterina).

Na inseminação intraperitoneal, o sêmen é colocado na cavidade abdominal próximo ao ovário para que as próprias trompas de falópio capturem os espermatozoides assim como captam os óvulos, enquanto, que na intrafolicular, o sêmen é depositado diretamente no folículo ovariano¹⁴⁸.

Nas três modalidades de transferência de gametas (TG), em inglês, *gamete transfert* (GT), os óvulos são previamente aspirados dos folículos ovarianos e, em seguida, junto com os espermatozoides, reintroduzidos no organismo da mulher. A depender do local no organismo da mulher onde serão introduzidos, poderá haver transferência intratubária (os gametas são transferidos para as trompas de falópio), intrabdominal (colocados no interior do abdômen da mulher) ou intrauterina (colocados no interior do útero). A fertilização ocorre *in vivo*, ao contrário da fecundação *in vitro*¹⁴⁹.

A fertilização *in vitro* (passiva) consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina¹⁵⁰. Através dessa técnica se reproduz artificialmente, num tubo de ensaio, o ambiente das trompas de falópio, local propício para a fertilização natural, prosseguindo-se até a transferência do embrião para o útero¹⁵¹.

Um óvulo maduro é retirado do ovário feminino e misturado, na proveta, ao sêmen, a fim de que se processe a fecundação. Uma vez fecundado o óvulo, o

¹⁴⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Op. cit.*, p. 54/55.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 58/60.

¹⁵⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Ob. cit.*, p. 20.

¹⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

embrião é transferido novamente para o útero da mulher, para que se possa desenvolver¹⁵².

Esse tratamento é indicado para os problemas de esterilidade tubária bilateral feminina ou obstrução irreversível nas trompas, hipofertilidade masculina, oligozoospermia, falha de tratamento cirúrgico tubário, endometriose e esterilidade inexplicável sem causa aparente¹⁵³.

O procedimento da fertilização *in vitro* é mais complexo e, conseqüentemente, seu custo financeiro é mais elevado do que a inseminação intra-uterina. Além disso, a técnica ocasiona maior desconforto para a paciente, uma vez que serão necessárias várias intervenções médicas no sentido de colher óvulos e introduzir embriões, bem como a administração de vários medicamentos¹⁵⁴.

Em decorrência do alto preço do procedimento e para aumentar a possibilidade de sucesso na operação, vários óvulos são fecundados, extraídos através da estimulação de uma superovulação, ocasionando a produção *in vitro* de mais de um embrião. Em determinados casos mais de um embrião é implantado na mulher para aumentar as chances da gravidez. Quanto maior o número de embriões implantados no corpo da mulher, maior será o risco de causar danos à saúde da geradora e também dos embriões¹⁵⁵. Para se evitar a gestação múltipla, com risco de aborto, parto precoce e outras complicações, no Brasil, o número máximo de transferência de embriões para o útero da mulher é de quatro por recomendação do Conselho Federal de Medicina¹⁵⁶.

¹⁵² FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: 2002, p. 289.

¹⁵⁵ HATEM, Daniela Soares. *Op. cit.*, p. 206.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Jussara Leal de. Estatuto jurídico do embrião. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética e biodireito e novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 164.

Sobre os embriões excedentes, leciona Jussara Maria Leal de Meirelles:

Os embriões não transferidos, denominados excedentes, constituem séria questão que assume contornos éticos, sociais e jurídicos. Na tentativa de evitar a sua sumária eliminação, alguns centros médicos preservam-nos congelados para outras futuras transferências, ou para possibilitar pesquisas e manipulação com os mais variados fins. Todas essas atividades relacionadas ao destino dos embriões humanos não encontram guarida no sistema clássico estabelecido¹⁵⁷.

A fertilização *in vitro* ainda é a técnica mais utilizada para que se dê a gestação em útero alheio. Maternidade de substituição, gestação por outrem, cessão de útero, maternidade de aluguel, maternidade por sub-rogação, mãe de aluguel, dentre outras nomenclaturas, consiste na “gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra infértil (ou com alguma impossibilidade referente à gravidez), com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade”¹⁵⁸.

Finalmente, a micromanipulação (fertilização não passiva) ocorre quando se injeta um ou mais de um espermatozóide no interior da estrutura do óvulo, não se restringindo à reunião artificial dos gametas em ambiente adequado para que a fertilização do óvulo se realize pelo espermatozóide mais apto, como ocorre na fertilização *in vitro*.

Em face do fato de a micromanipulação propiciar que a etapa da seleção natural do espermatozóide mais apto seja artificialmente suprimida, com sérias conseqüências no âmbito das reações metabólicas do óvulo, ela tem o âmbito de aplicação restrito aos casos em que a fertilização pelas técnicas mais usuais é impossível ou tem pequena probabilidade de êxito, ou seja, apenas em caso de

¹⁵⁷ MEIRELLES, Jussara Leal de. *Op. cit.*, 2004, p. 164/165. Estudo completo sobre o assunto do estatuto jurídico do embrião pode ser encontrado na obra da mesma autora: *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁵⁸ *Idem*. **Gestação por outrem e determinação de maternidade** (“mãe de aluguel”). Curitiba: Gênese, 1998, p. 23.

infertilidade masculina. Antes do advento dessa técnica, homens com contagem de espermatozoides abaixo de cinco milhões de mililitros eram considerados problemas sem solução para as modalidades de fertilização homóloga¹⁵⁹.

Procurou-se traçar um panorama, não exaustivo, das técnicas de reprodução assistida mais comuns e mostrar algumas das conseqüências de sua utilização. Não obstante os diversos questionamentos jurídicos e éticos, pode-se considerar que o acesso às técnicas é um instrumento hábil e idôneo para a concretização do direito à reprodução.

2.3. O acesso às técnicas como garantia ao direito à procriação

De acordo com o exposto ao longo do trabalho, o direito à procriação carrega em seu sentido um aspecto negativo e outro positivo. Sob o prisma negativo, o direito prospera como liberdade de não procriar e como acesso aos métodos contraceptivos.

No seu elemento positivo, o direito à procriação se revela também na possibilidade de casais, com problemas de esterilidade ou infertilidade e, portanto, impedidos de gerar filhos, terem garantidos os recursos às técnicas de reprodução assistida, de modo a assegurar o legítimo direito à filiação, desde que – lembre-se sempre – respeitado os interesses do filho como pessoa em desenvolvimento.

Verificando-se a impossibilidade material do exercício da liberdade procriativa por problemas de esterilidade – seja do casal ou de um de seus membros – ou a grande probabilidade de transmissão de doenças hereditárias à prole, incumbe ao Estado disponibilizar as técnicas de reprodução assistida para o exercício do planejamento familiar¹⁶⁰.

¹⁵⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 711.

A partir dos argumentos acima expostos, considera-se legitimamente aceitável que pessoas atingidas por problemas de infertilidade ou esterilidade tenham a oportunidade de recorrer às modernas técnicas de reprodução humana, como um direito a recobrar a saúde reprodutiva, ou remediar o problema da esterilidade e, assim, gerar¹⁶¹.

Cumprido enfatizar novamente que o direito à reprodução assistida, como consequência dos direitos reprodutivos, também se alicerça no direito à liberdade, no direito à saúde e ao planejamento familiar, já analisados anteriormente.

Olga Juvert G. Krell perfilha orientação de que sobre o direito à liberdade também se assenta o direito à reprodução humana assistida. Identifica a autora um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidade e limites – e dar amparo legal para o direito à reprodução humana assistida, dentre os diversos princípios, menciona o direito à liberdade¹⁶².

Na mesma senda caminha Mônica Aguiar, para quem a procriação assistida se afigura como liberdade Constitucional. Mesmo reconhecendo que não há entre nós uma “Constituição Bioética”, isto é, normas constitucionais especificamente voltadas para esse renovado campo do conhecimento humano, a autora afirma que deve o jurista perceber a existência de uma gama de normas constitucionais que se relacionam com problemas de genética, tais como, as que regulam o princípio da dignidade humana, do direito à vida e do direito à liberdade¹⁶³.

Nesse sentido, ainda, leciona Paulo Otero: “não parece muito difícil proceder a uma interpretação extensiva e actualista do tradicional direito fundamental a constituir família no sentido de albergar uma tutela constitucional do direito de procriar através dos recursos às novas técnicas biomédicas”¹⁶⁴.

¹⁶¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁶² KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶³ AGUIAR, Mônica. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁶⁴ OTERO, Paulo *apud* RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Op. cit.*, p. 297.

Na tentativa de se superar a esterilidade, a primeira alternativa foi o recurso à adoção¹⁶⁵ e, atualmente, recorre-se às técnicas de reprodução assistida para transpor esta mazela¹⁶⁶. Os dois caminhos são válidos e não há como se anular a legitimidade do recurso à procriação assistida, alegando, pura e simplesmente, que na inseminação há vaidade ou egoísmo. O desejo de ter filhos através das técnicas é uma questão pessoal, de ordem privada, de foro íntimo¹⁶⁷ e respaldada pela autonomia reprodutiva do casal. Percebeu-se que a realização do desejo de ter filhos não é mero capricho, mas fator extremamente importante para o pleno desenvolvimento da personalidade¹⁶⁸.

Reforça-se, também, que o acesso às técnicas de procriação assistida representa um dos elementos do direito à saúde. A procriação assistida exerce uma função social ao efetivar o direito à saúde, impondo-se que esse acesso seja extensível a todas as pessoas, como uma forma de inclusão social.

Nesse sentido, Cláudia Maria Lima Scheidweiler ressalta:

Assim, fazer a inclusão social para proporcionar o acesso à reprodução medicamente assistida, como um direito à saúde, pode ser uma meta mais do que desejável, desde que seja um trabalho social e consciente, para se buscar a efetivação deste direito à saúde que foi elevado à categoria de Direitos Humanos¹⁶⁹.

¹⁶⁵ A adoção não deve ser esquecida como uma das maneiras de realização do projeto de ter um filho. Com efeito, a adoção vai ao encontro da moderna tendência do Direito Civil de valorização do elemento afetivo nas relações de filiação e atribuindo-se menos importância às relações de consangüinidade. “Certamente a adoção é um instituto jurídico apto a colocar fim a qualquer sombra de dúvida que pudesse existir acerca da importância do afeto nas relações de família, especialmente em razão de representar o estabelecimento de uma relação jurídica voluntária, com fins a formar uma família, isto é, uma comunidade onde o afeto e a valorização recíproca de seus componentes sejam elementos relevantes”. (CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 306). Não obstante a relevância do tema, o assunto da adoção não será tratado, pois extrapola os limites propostos para a dissertação.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁹ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. *In*: MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 20.

Torna-se impossível desvincular o direito à saúde do acesso às técnicas de reprodução assistida para aqueles que não podem procriar em decorrência de problemas de infertilidade ou esterilidade. Nesses casos, o estado psíquico do casal fica vulnerado, impondo-se que sejam disponibilizados métodos para a proteção à saúde, notadamente, a utilização da procriação medicamente assistida.

Ante esse quadro, não há como se repudiar que o direito à procriação encerra em seu conteúdo um direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida. A afirmação a esse direito, no entanto, não propicia a sua concessão a todos os interessados em todas as circunstâncias. Conforme ressalva Maria Helena Diniz: “o direito a um filho mediante o livre acesso das técnicas de reprodução assistida não pode ser considerado absoluto, pois os direitos da prole e do bem comum impõem seus limites”¹⁷⁰.

Pode-se constatar que o desejo de constituir família e a possibilidade de utilização do progresso científico no alcance daquele objetivo, dá ensejo a duas correntes de pensamento¹⁷¹.

Alguns recomendam que as técnicas de reprodução devem ser utilizadas de forma livre, já que remontam à esfera íntima das pessoas e ao planejamento privado da vida familiar, que estaria caracterizado constitucionalmente como direito fundamental. De acordo com esse entendimento, seria intolerável a ingerência do Estado na relação íntima do ser humano com o seu próprio corpo, que deveria ser exercitada com total liberdade.

Para a outra corrente, a intervenção do Estado é autorizada pela transcendência da matéria, de ordem pública, coletiva, acima dos interesses e responsabilidades

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁷¹ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Editora, 2007, p. 64.

individuais, cabendo ao Estado estabelecer regras jurídicas precisas para a utilização da moderna biotecnologia¹⁷².

Pelo que vem sendo defendido no presente trabalho, adota-se o segundo posicionamento, porquanto, dada a relevância da matéria para o ser humano e os interesses de várias pessoas envolvidas, não somente do casal, é imprescindível que o Estado regule a matéria, harmonizando os diversos direitos em jogo.

Desta forma, o direito à reprodução assistida se depara com limites no respeito ao direito da criança a ser gerada e na preservação de sua dignidade humana – o que será abordado no próximo capítulo –, mas também se impõe o preenchimento de outras condições para não se banalizar o uso das técnicas ou torná-las subordinadas unicamente a interesses econômicos. O risco de nos transformarmos em objeto de crédito e não sujeitos de direito é motivo de preocupação para Luiz Edson Fachin para quem “toca também perguntar a que e a quem serve a biotecnologia. Não sem razão, é necessário, em nosso sentir, um olhar crítico sobre nosso tempo, penetrante e desconfiado desse determinismo lãche que governa a nouvelle vague da economia”¹⁷³.

Daí a perfeita constitucionalidade e legitimidade do Estado-legislador estabelecer regras a respeito do acesso a tais técnicas de reprodução assistida, inclusive quanto aos requisitos de ordem objetiva, tais como a esterilidade diagnosticada, a grande probabilidade de transmissão de doenças genéticas; e de ordem formal. Deve-se lembrar que a maior parte dos países que editou normas jurídico-legais sobre os aspectos civis relacionados à reprodução assistida, estabeleceu certas condições e

¹⁷² *Ibidem*, p. 65.

¹⁷³ FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. *In*: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Direito & medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

requisitos, o que revela o reconhecimento de que o direito à reprodução não é ilimitado e absoluto¹⁷⁴.

Na esteira desse entendimento, o primeiro requisito que deve ser imposto ao acesso à procriação medicamente assistida é condicionar sua aplicabilidade apenas àquelas pessoas que não podem procriar naturalmente ou para se evitar a transmissão de doenças hereditárias para os filhos. A procriação assistida deve ser restrita aos casos com indicação terapêutica.

A reprodução assistida, segundo Pedro Barri, não se estabelece como uma alternativa para substituir a reprodução clássica, senão como um remédio ao crescente problema da esterilidade que afeta a espécie humana¹⁷⁵.

Colhe-se, também, do ensinamento de Pietro Perlingieri a assertiva de que a inseminação artificial deve ser excepcional:

Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários¹⁷⁶.

Casabona, analisando a legislação espanhola, identificou que a finalidade principal das técnicas de reprodução artificial é o tratamento da esterilidade, além da prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética ou hereditária, e da investigação com gametas ou óvulos fecundados¹⁷⁷.

¹⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 719.

¹⁷⁵ BARRI, Pedro *apud* ESTÉFANI, Rafael Junquera. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 175/176.

¹⁷⁷ CASABONA, Carlos María Romeo *apud* BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 86.

Com base nesse entendimento, não se pode admitir a utilização desses recursos por pessoas clinicamente férteis, sem indicação terapêutica. Há que se ressaltar que “O impasse não se estabelece sobre julgamento de ordem ética ou moral, mas sobre a complexidade entre a imprescindibilidade da técnica para gerar e o papel da ciência na realização de todos os desejos, acarretando talvez a reificação do filho a ser gerado”¹⁷⁸.

O emprego das técnicas de reprodução assistida deve pressupor ainda que os interessados estejam completamente cientes sobre os riscos e conseqüências do ato e que consentam expressamente a se submeterem ao procedimento. Assim, outro requisito imprescindível para a prática da procriação assistida é existência de um consentimento esclarecido do casal.

O consentimento em geral se caracteriza juridicamente pela materialização da manifestação de vontade e da livre concorrência de vontades entres as partes de uma relação, isto é, da autonomia, próprias das relações jurídico-privadas nos negócios jurídicos, em particular no contrato¹⁷⁹.

O consentimento informado, por sua vez, “trata-se da aceitação para o tratamento, que deve ser manifesta após prévia e adequada informação ao(s) usuário(s) das técnicas”¹⁸⁰. O consentimento deve ser livre e esclarecido. Considera-se livre, isto é, consciente, aquele que não é obtido mediante coação física, moral ou psíquica ou qualquer outra forma de manipulação da vontade¹⁸¹.

¹⁷⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128.

¹⁸⁰ MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 193.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Op. cit.*, p. 22.

Verifica-se na literatura que a expressão *informed consent* surgiu pela primeira vez em 1957, nos Estados Unidos, onde foi reconhecido o direito à indenização por ausência de esclarecimentos quanto aos riscos de determinado procedimento cirúrgico. Na verdade, o consentimento informado exprime uma evolução do direito à saúde, de uma visão paternalista da proteção ao doente, para uma prestação de serviços médicos de acordo com a vontade do paciente previamente informado¹⁸².

Por versar sobre uma relação médico-paciente e, portanto, ser considerada uma relação de consumo, a legislação aplicável ao consentimento informado é a Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que abrange de forma suficiente a obrigação de informar de maneira clara e completa. Deve consistir muito mais do que mero documento assinado pelos beneficiários com a finalidade da prestação de serviços médicos¹⁸³.

Nesse terreno, cabe chamar a atenção para as promessas fáceis, como o faz Sandra Lima Alves Montenegro:

Aos usuários das técnicas de RHA não é descrita, muitas vezes, de forma apropriada, a real dificuldade que encontrarão, na tentativa da obtenção do resultado sonhado. A informação pode ser passada aos usuários de forma não expressa no papel, como pode ocorrer por meio de decoração de um consultório, clínica ou hospital, por exemplo. Fotos com crianças saudáveis e sorridentes, nascidas da reprodução assistida, penduradas nas paredes das salas e corredores, podem se transformar em uma promessa de realização estampada no sucesso de outros. A esperança pode impedir que a escolha do(s) usuário(s) seja fundada na manifestação de vontade racional, ponderada e confrontada com os reais riscos e problemas enfrentados por aqueles que optam pelo emprego de RHA¹⁸⁴.

No caso da reprodução assistida o médico deve ter maior cautela na obtenção do consentimento e observância de seus requisitos de validade. Todo e qualquer procedimento no âmbito da procriação assistida deverá atentar para a inviolabilidade

¹⁸² *Ibidem*, p. 20.

¹⁸³ MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. *Op. cit.*, p. 194/196.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 196.

do direito à vida, à dignidade e ao respeito à pessoa humana, priorizando o livre-arbítrio do paciente devidamente informado.

Quanto às técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga, são imprescindíveis diversos esclarecimentos:

Com relação à utilização das técnicas de procriação assistida em casais unidos em matrimônio ou em união estável, sem doação de material genético de terceiro, o consentimento de ambos limita-se ao já exposto quanto aos requisitos de validade e informes sobre os procedimentos cirúrgicos, diagnósticos ou terapêuticos, riscos previstos e imprevistos, até mesmo quanto à possibilidade de geração de crianças com anomalias físicas ou mentais, além da possibilidade de insucesso com o aborto espontâneo.

No que tange aos procedimentos com material genético doado, além das informações citadas, torna-se essencial o consentimento do doador do material e dos receptores. O consentimento gerará efeitos no campo da maternidade e paternidade, trazendo inúmeras conseqüências no campo do Direito. O consentimento servirá, ainda, para impedir ulterior contestação de paternidade e garantir o outro cônjuge contra eventual alegação de adultério, alterando-se os conceitos de verdade biológica para enfatizar a verdade legal e afetiva, a fim de que a criança não seja prejudicada¹⁸⁵.

O consentimento informado vincula-se precipuamente à idéia de autonomia reprodutiva. Ora, a autonomia pressupõe razão e consciência na tomada de decisões. Deste modo, somente com esclarecimento pode se chegar à consciência sobre algo e, a partir daí, tomar decisão que esteja impregnada de racionalidade. Inexistindo o consentimento informado não há falar-se em autonomia reprodutiva.

No caso da reprodução heteróloga, outro pressuposto deve ser levado em conta para a aceitabilidade do uso da técnica: a concessão de gametas, auxiliar das técnicas para procriação assistida, é lícita e válida desde que não possua caráter lucrativo ou comercial. A gratuidade, destarte, previne os interesses de ordem financeira, “parecendo conveniente que se estenda a esta práticas, de modo igual ao que sucede com outras que envolvem partes do corpo humano adotando-se a

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Op. cit.*, p. 26.

gratuidade e exclusão de todo comércio dos componentes biológicos, tanto para o que se refere aos doadores como para a mulher receptora dos mesmos”¹⁸⁶.

Na maior parte dos sistemas jurídicos se estabelece que o corpo humano e suas partes são *res extra commercium*. Encontram-se exceções para essa vedação da comercialidade, quando a parte do corpo é considerada produto renovável, como ocorre com os cabelos. A característica de incomercialidade, no entanto, não deve ser entendida como indisponibilidade. A disponibilidade do próprio corpo por seu titular é permitida: posso dispor das partes do meu corpo, com efeitos *post mortem*, ou mesmo em vida, de algumas partes ou produtos que existam em duplicidade, sem prejuízo da retirada de um, ou que sejam renováveis, como ocorre com o rim, o sangue ou os gametas¹⁸⁷.

Assim sendo, o sêmen, biologicamente considerado, é um produto do corpo humano, que pode ser amplamente separado do objeto integral. Juridicamente falando, o sêmen é um bem que compõe o patrimônio de uma pessoa e que, apesar de não avaliado economicamente, pode se tornar objeto de transações sociais, as quais devem possuir contorno próprio e específico¹⁸⁸.

Os bens de valor econômico podem ser livremente alienados, conforme a vontade de seu detentor. Já os bens sem valor econômico, que compõem o corpo de uma pessoa, só podem ser objeto de doação, desde que a transação não fira a integridade corporal do doador, como no caso do sangue, do rim e do sêmen.

¹⁸⁶ CASABONA, Carlos Maria Romeo *apud* BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁸⁷ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 285.

No caso do sêmen, aplica-se a vedação constitucional de comercialização de partes do corpo humano, prevista no art. 199, § 4º¹⁸⁹ da Constituição Federal. As partes ou produtos do corpo humano, componentes do patrimônio não valorado comercialmente, de uma pessoa, só podem ser objeto de contrato de doação.

No que diz respeito à doação de partes do corpo humano devem sempre estar presentes o altruísmo e a solidariedade; é o que se infere do art. 14 e seu parágrafo¹⁹⁰, contidos no Código Civil brasileiro.

Essas medidas são necessárias a fim de se evitar que a reprodução assistida se torne um comércio, uma fonte de renda para alguns que se beneficiariam economicamente às custas dos problemas da infertilidade do casal receptor. Sendo a finalidade da procriação assistida terapêutica, como defendido aqui, tem-se que o ato de doação que irá possibilitá-lo deve estar de acordo, obrigatoriamente, com o princípio da solidariedade social.

Esses requisitos são imprescindíveis para a aceitabilidade do uso das técnicas de reprodução assistida. O direito ao acesso às técnicas é legítimo e se ampara em princípios constitucionais, notadamente o direito à saúde, que resta debilitado quando incidem os problemas da infertilidade, porém esses pressupostos devem ser atendidos a fim de não se violar outros direitos também importantes na ordem jurídica. Além desses requisitos, no entanto, não se deve desprezar os limites que são impostos em decorrência do direito da criança a ser gerada.

¹⁸⁹ Art. 199 (...). § 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

¹⁹⁰ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

3. LIMITES AO DIREITO À PROCRIAÇÃO

3.1. Primazia do interesse da criança

Até o momento, analisou-se o direito à procriação, os seus delineamentos conceituais e os fundamentos jurídicos sobre os quais se alicerça esse direito.

Cumprir examinar-se, a partir de agora, os limites que cerceiam esse direito à reprodução no que toca aos interesses da criança a ser concebida. No âmbito do que se propôs, não se pode ignorar que o direito à reprodução e às técnicas de reprodução assistida também impõem responsabilidades ao Estado, a quem toca regular esses direitos, de sorte que não apenas os interesses dos pais sejam satisfeitos, mas também os de seus filhos que ainda estão por nascer.

Há, nesse contexto, dois interesses tutelados e resguardados: o do casal que, no exercício dos direitos reprodutivos, pretende procriar – e, assim, deseja ter filhos de maneira responsável e respeitando, desde já, suas futuras individualidades –, e o da futura pessoa, sendo que a despeito da diferença do conteúdo da saúde das pessoas envolvidas ambos os interesses são tutelado simultaneamente, sob a perspectiva de que a responsabilidade, na contemporaneidade, não pode ser cogitada exclusivamente quanto ao momento presente, mas também quanto ao futuro da civilização humana¹⁹¹.

A primazia do interesse da criança e do adolescente recebeu guarida na Constituição Federal de 1988, modificando profundamente a situação jurídica deles, porquanto introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consoante com as diretrizes internacionais de direitos humanos e com os padrões democráticos de organização do Estado e da sociedade. Foram reconhecidos como sujeitos de direitos humanos próprios, condizentes com sua especial condição de seres humanos em desenvolvimento¹⁹².

¹⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 710.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 283.

De acordo com essas novas diretrizes, encampou-se a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que substituiu a doutrina da situação irregular anteriormente adotada pelo Código de Menores. Assim, preconiza o art. 227 da Constituição da República:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Infere-se, portanto, que a proteção absoluta e integral da criança e do adolescente recebeu status constitucional e se insere no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana, com absoluta prioridade em relação a outras pessoas, sendo que são devedores de tal proteção a família, a sociedade e o Estado, de acordo com a redação do art. 227 acima transcrito. Houve, assim, o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente como direitos oponíveis à família, à sociedade e ao Estado, o que em termos literais, torna a criança e o adolescente muito mais tutelados do que a família tal como prevista no art. 226, da própria Constituição e, conseqüentemente, os outros integrantes¹⁹³.

A primazia do interesse da criança é um dos reflexos – não o único, mas um dos mais importantes – do novo modelo das relações familiares delineados na Constituição Federal de 1988 e revigorados com o novo Código Civil, em que a realização pessoal de seus integrantes, notadamente os filhos, sobrepõe-se ao casamento, considerado, até então, como uma instituição com valor intrínseco, capaz de merecer tutela pelo simples fato de existir. Atribui-se proteção à família, porém essa tutela decorre não da entidade por si só, mas somente na medida em

¹⁹³ LÔBO, Paulo Luiz *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 459.

que a entidade familiar assegure a dignidade humana de seus entes e o pleno desenvolvimento dos filhos.

Sobre essa mudança de paradigma, traz-se à colação a lição de Gustavo Tepedino:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada da dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos¹⁹⁴.

Essa tutela exacerbada e incondicional do casamento, mesmo em detrimento de seus entes, reverbera uma opção patrimonialista e patriarcal do conceito de família e foi positivada no Código Civil de 1916. A família, indissolúvel e imune a interferências externas, era vista como essencial para a preservação da paz social e para a perpetuação do patrimônio, e não como foro de promoção da dignidade de seus entes.

Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil de 1916, no qual a tutela dos filhos estava vinculada ao casamento dos pais, atendia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima. Em seguida, por representar um valor em si e se confundir com a noção de família, o casamento deveria ser preservado a todo custo, mesmo quando o preço da paz doméstica fosse o sacrifício individual de seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder¹⁹⁵.

A situação se modifica com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração da dignidade humana como fundamento da República, devendo esse

¹⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 447.

princípio também informar as relações familiares. Define-se uma nova tábua de valores em que surgem três traços característicos em matéria de filiação: 1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores¹⁹⁶.

Abandona-se, assim, a concepção de proteção indistinta do casamento para uma concepção de proteção da família na medida em que ela é instrumento de realização e promoção da dignidade humana de seus membros, o que é essencial para a defesa do interesse da criança.

Disciplinando o direito da criança e do adolescente, tutelado pela Constituição Federal, que inaugurou um novo paradigma inspirado pela concepção da proteção integral, foi promulgado a Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, o conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente que, em dois artigos, dentre outros, reforça a primazia do interesse da criança e do adolescente:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A referida lei estabelece que o filho é alvo de tutela prioritária por parte do ordenamento. Esboça-se, assim, três aspectos colhidos das normas veiculadas na Lei n. 8.069/90:

a) o legislador fixa como critério interpretativo de todo o estatuto a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais; b) a criança e o adolescente são chamados a participar com voz ativa na própria educação, convocados a

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 448.

opinar sobre os métodos pedagógicos aplicados, prevendo-se, expressamente, em algumas hipóteses, a sua oitiva e até o seu consentimento; c) a lei determina um controle ostensivo dos pais e educadores em geral, reprimindo não só os atos ilícitos mas também o abuso de direito¹⁹⁷.

Diante de toda essa rede de normas protetivas, inescapável a conclusão de que o interesse da criança a ser gerada suplanta a vontade dos pais, quando esta for colidente com o desenvolvimento de sua personalidade.

Não há direito absoluto à criança e, nesse sentido, não há como se admitir o direito das pessoas a se socorrer de todos os meios para se ter um filho, mesmo porque do outro lado haverá os interesses e os direitos da futura criança que, no direito brasileiro, goza de absoluta e integral proteção, inclusive contra os interesses de seus pais, se for o caso. Daí a importância do Estado na ingerência dessa questão, ao limitar necessariamente o exercício e o próprio conteúdo do direito à reprodução¹⁹⁸.

Mesmo no caso da procriação assistida, parece oportuno se sublinhar, que as técnicas, para serem compatíveis com a ordem constitucional,

devem se desassociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo – na refrega de interesses contrapostos – quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar¹⁹⁹.

Merece destaque, ainda, a necessidade de que a primazia do interesse da criança esteja assegurada desde sua concepção, quando na situação de nascituro.

Não se pode negar essa proteção, sob o argumento de que o nascituro não detém personalidade jurídica, que adviria somente com o nascimento com vida. A questão do início da personalidade assume relevância, uma vez que, segundo a legislação civil, com a personalidade o homem se torna sujeito de direitos.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 479.

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 472.

Com efeito, dispõe o art. 2º do Código Civil que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. De acordo com a codificação civil brasileira, vinculam-se personalidade e a titularidade de direitos de tal forma que, a partir desse entendimento clássico sobre sujeito de direito, aponta-se para três categorias centrais: pessoa natural, nascituro e prole eventual²⁰⁰.

A pessoa natural é o homem como ente jurídico, considerado como sujeito de direito e obrigações. A prole eventual é admitida no direito brasileiro quando o Código Civil dispõe sobre a provável filiação (arts. 1173 e 1718 do Código Civil). O nascituro é aquele que foi concebido, está no ventre da mãe e ainda não nasceu.

A condição do nascituro é peculiar, pois tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Assim, de acordo com a legislação brasileira, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção²⁰¹. É a partir dessa concepção que o Direito Penal considera crime de aborto a morte provocada do nascituro.

Levando-se em conta essa proteção que é outorgada pela lei ao nascituro, não resta dúvida de que prevalece o seu interesse em detrimento da vontade dos pais também nesses casos. Cite-se como exemplo as intervenções fetais em que é possível a assistência médica ao nascituro a fim de se prevenir doenças futuras incuráveis ou executar tratamento médico no feto. Mesmo que haja o direito da mãe na sua integridade corporal, é possível que a sociedade possa exigir da mulher que decidiu ter o filho uma obrigação a partir da opção da escolha, pois se todas as

²⁰⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47.

²⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p 161.

peças têm obrigação de não prejudicar as crianças depois que nascem, devem também, pelos mesmos princípios éticos, absterem-se de prejudicar as crianças que ainda vão nascer²⁰².

Na realidade, independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica ao feto, não há como se negar que o nascituro é titular de direitos personalíssimos, como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal, etc. Saliente-se, também, o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho para quem o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do pai da criança e também para se proteger o feto no seu regular desenvolvimento²⁰³.

Percebe-se que o direito à procriação deve ser orientado pela prioridade absoluta do interesse da criança, mesmo antes de seu nascimento, ainda na condição de nascituro, assegurando-se um desenvolvimento saudável também ao feto. Nas hipóteses de interesse conflitante dos pais e dos filhos, deve prevalecer uma atividade hermenêutica que assegure aos filhos a primazia de seu direito.

Neste tópico discorreu-se sobre a prioridade do direito da criança em alguns aspectos relacionados ao direito à procriação, porém essa primazia pode se sustentar através de outros direitos ou princípios. Uma das formas de se concretizar o princípio do melhor interesse da criança, localizado no art. 227 da Constituição Federal, é conjugá-lo com outros dois princípios, o da paternidade (parentalidade) responsável e o da dignidade da pessoa humana.

²⁰² FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções fetais – uma visão bioética. *In*: BARBOSA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43.

²⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94.

3.2. Paternidade (parentalidade) responsável

A primeira observação a ser feita no estudo deste tópico é que o termo “paternidade responsável” não abrange o conteúdo material do limite previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, “porquanto somente se refere à paternidade, como se a maternidade pudesse ser irresponsável”²⁰⁴. O exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais – como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres – permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria. “Deste modo, é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das conseqüências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais”²⁰⁵.

A concepção jurídica da proteção integral à criança e ao adolescente se afigura como considerável avanço em relação às legislações anteriores que tratavam do assunto, como o Código de Menores. Na história da humanidade, nem sempre a criança foi vista como sujeito de direito.

Maria Celina Bodin de Moraes relata que, em sociedades antigas, os filhos não eram considerados sujeitos de direito, estando perpetuamente submetidos à autoridade do chefe de família, que possuía poder de vida e de morte em relação a eles. Em Roma, por exemplo, somente se tornavam cidadãos após a morte do pai, gozando este de direitos quase ilimitados no que tange à pessoa de seus filhos. “Afirmou-se, a propósito, que, psicologicamente, a situação de um adulto com pai

²⁰⁴ GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. *Op. cit.*, p. 452.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 453.

vivo era quase insuportável e a prova disto se obtém através da verificação da grande freqüência com que eram cometidos parricídios²⁰⁶.

Foi somente no final do século XVIII que o Estado passou a assumir uma participação ativa na formação familiar e o poder público francês limitou, pela primeira vez, a autoridade paterna, com o estabelecimento de tribunais de família. No entanto, a promulgação do Código Civil francês de 1804, novamente estendeu os poderes paternos.

As relações familiares que até então eram concebidas como privadas passaram a ser vistas como de interesse público. A família passou a ser considerada como base da sociedade civil e o interesse do grupo familiar deveria prevalecer sobre o do indivíduo, constituindo a família como um bem em si mesmo. Para tanto, fazia-se imprescindível manter o poder de mando de seu chefe, o marido e pai²⁰⁷.

O Código Civil brasileiro anterior, considerado o último dos códigos do século XIX, manteve-se fiel a esta ideologia e garantiu tutela unitária à família, cujo chefe, o marido, era o titular exclusivo do pátrio poder, exercendo-o com absoluta e incontestada autoridade quanto à pessoa dos filhos²⁰⁸. Assim, a coesão da família e a proteção do vínculo conjugal eram privilegiados juridicamente, ainda que em detrimento da realização de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão²⁰⁹

²⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 219.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 220.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 221.

²⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 398.

Oposta, neste particular, como já se observou, mostrou-se a concepção do legislador constituinte de 1988, que consagrou os direitos da criança e do adolescente na família como prioritários.

Na concepção contemporânea da autoridade parental, esta não pode ser reduzida a um instrumento jurídico de sujeição dos filhos à vontade dos pais e nem se estruturar sob a forma de direito subjetivo, caracterizado pelo binômio direito-dever. Deve se buscar o conceito de autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos²¹⁰.

Diante desse contexto, em que a parentalidade responsável foi erigida como princípio constitucional, o direito à procriação não pode se restringir à concepção e ao nascimento da criança, mas também à educação, à afetividade e ao amparo total. O exercício do direito à procriação implica em uma obrigação correlata que é a paternidade responsável. Diretamente ao desejo de procriar deve estar associado o desejo de promover o desenvolvimento de uma criança e o de erigir uma família.

É preciso reabilitar a paternidade e a maternidade responsável, de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam num ambiente sadio e equilibrado.²¹¹

No contexto, ainda, da reprodução assistida deve ser analisado o projeto parental daqueles que pretendem procriar com o recurso às técnicas de reprodução assistida. Ainda que se configurem as hipóteses já mencionadas em que se pode admitir o acesso às técnicas, é importante se observar o melhor interesse da criança.

Nesse particular, em relação ao uso das técnicas, sem procurar esgotar o tema em face de sua amplitude, impõe-se alguns posicionamentos a fim de se assegurar a parentalidade responsável e a primazia do interesse da criança.

²¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182.

²¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 137/138.

Como já foi analisado, o uso das técnicas da procriação assistida somente deve ser franqueada às pessoas com alguns problemas de esterilidade ou infertilidade ou no caso de grave risco de transmissão de doenças. A reprodução assistida somente deve ser admitida quando haja uma indicação terapêutica, afastando-se, portanto, a possibilidade de que pessoas saudáveis tenham acesso às técnicas por puro capricho ou vaidade.

Poder-se-ia questionar, então, se mulheres inférteis ou casais de mulheres homossexuais teriam direito ao recurso da procriação assistida. Não obstante posições contrárias²¹², a resposta a esta pergunta deve ser negativa, justamente porque deve ser levado em consideração o princípio da parentalidade responsável, que exige a biparentalidade para se assegurar o melhor interesse da criança.

É o que preceitua Cláudia Helena Machado:

Tendo como interesse primeiro, o desenvolvimento integral da criança, os psicólogos e demais estudiosos da maioria dos países que se ocupam do problema são unânimes em defender esse direito absoluto do filho nascer através de um casal, ou seja, um pai e uma mãe. Além do mais, o interesse da mãe solteira em ter um filho planejado desde o início sem a figura paterna, contrapõe-se com o direito do filho de nascer e conviver em um ambiente familiar, sem o risco de ter que sujeitar-se aos constrangimentos e discriminações que poderá ficar exposto²¹³.

Rafael Junquera de Estefani também critica o que designa como *orfandad arbitrariamente provocada* e defende que o critério a estar presente nesses casos é o bem estar do filho, bem, cuja realização plena, ocorre na família natural, é dizer, na família formada por dois genitores, pai e mãe²¹⁴.

²¹² Favorável ao acesso às técnicas aos casais homossexuais femininos, pode-se citar: SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005; e SILVA, Isabel Cristina Raposo. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Favorável ao acesso às técnicas às mulheres solteiras: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Op. cit.*

²¹³ MACHADO, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 125.

²¹⁴ ESTÉFANI, Rafael Junquera. *Op. cit.*, p. 71.

Eduardo de Oliveira Leite também é taxativo ao se posicionar contrariamente ao acesso de mulheres solteiras ou casais homossexuais às técnicas de reprodução assistida. Argumenta o autor que uma mulher solteira inseminada não tem condições de garantir – por mais bem intencionada que esteja – o padrão familiar (constituído de pai e mãe) que naturalmente ocorre numa comunidade familiar.

E complementa o autor adiante:

Ademais, como já se repetiu em diversas ocasiões no decorrer deste trabalho, quer a nível psicológico, quer a nível ético, quer a nível jurídico, a inseminação artificial não foi desenvolvida para atender a interesses egoísticos, mas a tão só e precipuamente, com vistas a corresponder a um projeto parental. Portanto, diante do risco de ficar sem pai, melhor é vedar-se projetos de reprodução assistida a estas categorias individuais²¹⁵.

Não se pode invocar o art. 226, § 4º²¹⁶ da Constituição Federal como argumento legitimador desse tipo de procedimento, pois, ao se reconhecer juridicamente a existência das famílias monoparentais e tutelando-as, não desejou o constituinte estimular a proliferação das mesmas.

Importa ressaltar que não se trata de preconceito, discriminação ou moralismo contra as mulheres solteiras ou casais homossexuais. O argumento que deve prevalecer na discussão é o melhor interesse da criança a ser concebida, que não poderá nascer sem pai.

Quanto à inseminação heteróloga, ainda, em que o casal aceita receber sêmen de terceiro para a concretização da procriação, não se pode admitir que o marido, após consentir com a realização da inseminação, venha a pleitear a negação da paternidade.

²¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 354.

²¹⁶ Art. 226. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Com a disposição do art. 1597, inciso V²¹⁷, a lei brasileira resolveu a questão na opinião de Eduardo de Oliveira Leite²¹⁸, assegurando que o marido não poderá negar a paternidade, caso consinta que a esposa ou companheira se submeta à inseminação heteróloga. Nas palavras de José da Costa Pimenta, “nem o homem, nem a mulher que à inseminação deram o seu assentimento gozam de legitimidade para essa impugnação”²¹⁹. Portanto, não há qualquer possibilidade de negatória de paternidade nos casos de consentimento dado pelo marido, nas inseminações artificiais heterólogas.

Como visto, o direito à reprodução deve ser compatibilizado com o princípio da parentalidade responsável, respeitando-se a condição da criança como pessoa em desenvolvimento e assegurando-lhe o direito de conviver em uma família constituída por pai e mãe. Esses direitos da criança devem prevalecer, assim, sobre interesses egoísticos ou hedonistas dos pais, conforme determina a Constituição Federal ao erigir a primazia do interesse da criança como princípio norteador e regulador das questões familiares.

Aliado ao princípio da parentalidade responsável, não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundamental no nosso ordenamento jurídico deve pautar as relações familiares e, por conseguinte, funciona como limitador ao direito à procriação.

²¹⁷ Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) V - V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade: Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

²¹⁹ PIMENTA, José da Costa *apud Ibidem*, p. 30.

3.3. Dignidade da pessoa humana

Os contornos atuais do conceito da dignidade da pessoa humana foram marcadamente influenciados pela visão do filósofo Immanuel Kant, na qual ele revela que o fundamento da dignidade reside na autonomia da vontade, à medida que esta é uma faculdade de autodeterminação que apenas pode ser exteriorizada em seres racionais como imperativo categórico de ordem moral²²⁰. Não obstante isso, desde a antigüidade é possível se encontrar precedentes que serviram para a construção do conceito moderno²²¹.

No Oriente com Lao-Tse e Confúcio, são vistas as primeiras referências a uma idéia de homem como grande, como perfeito e que se diferencia do restante dos animais. Também nos escritos do Antigo Testamento de Israel, no livro do Gênesis, na semana da criação, aparecem idéias que estão no núcleo do conceito de dignidade, como a superioridade do homem sobre os animais e a natureza²²².

No pensamento ocidental, na Grécia Antiga encontramos conceitos similares sobre o homem. Reaparece a idéia de superioridade do homem como centro do mundo, mas também como ser de comunicação e linguagem. Em Roma, consolida-se outra perspectiva de dignidade apoiada em um aspecto exterior, neste caso, mais mundana e hierárquica, vinculada a um título ou a uma função preeminente que se expressa na majestade e seriedade.²²³

Na Idade Média, a dignidade centrada no homem como ser racional cede terreno ao valor derivado da imagem de Deus. Não obstante isso, o cristianismo teve influência positiva na elaboração de um conceito de dignidade humana, na medida

²²⁰ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02.

²²¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**, 2ª edição. Madri: Editorial Dykinson, 2003, p. 21.

²²² *Ibidem*, p. 23.

²²³ *Ibidem*, p. 25.

em que considerava que cada indivíduo era dotado de valor e razão. Atribui-se a Boécio, em texto que data do século VI, a definição de pessoa, que viria a ser adotada posteriormente por São Tomás: “substância individual de natureza racional”²²⁴.

A dignidade humana redescoberta no Renascimento se sustenta na razão, na linguagem e na capacidade de decidir e de escolher, o que se constituem em elementos dessa nova dignidade laica²²⁵.

A partir do século XVIII, na esteira do Iluminismo e dos pensadores modernos, sedimenta-se o conceito de dignidade humana fundada na autonomia racional do homem e em sua liberdade de escolha. Destaca-se, desse período, o pensamento jusnaturalista, que também acolhia a concepção de dignidade humana, assim como o direito natural, como um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, no entanto, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em liberdade e dignidade²²⁶.

Nesse período, na obra de Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, aparece pela primeira vez uma reflexão sobre a moral assentada em novas bases. Um dos desdobramentos desse princípio é a máxima moral: “age de tal maneira que trates a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como um fim e nunca como meio”.²²⁷

De acordo com essa máxima moral, Kant sustenta que

o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas

²²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 113.

²²⁵ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Op. cit.*, p. 35.

²²⁶ SARLET, Ivo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 33.

²²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 115.

direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.²²⁸

Através dessa doutrina de Kant se consolidou a exigência de que o homem jamais poderá ser tratado arbitrariamente como instrumento de outrem, como meio para alcançar algum fim ou como objeto. O homem detém valor intrínseco, o que impede sua coisificação. Como ser racional, legítimo detentor de autonomia e, portanto, dotado de dignidade, o ser humano deverá sempre ser considerado como a finalidade máxima de qualquer conduta ou legislação.

No século XX, depois das barbaridades da 2ª Guerra Mundial, a dignidade humana foi contemplada em diversas declarações de direitos e nas constituições promulgadas nos estados democráticos.

Conforme assinala Fábio Konder Comparato:

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer época da História, o valor supremo da dignidade humana²²⁹.

A partir desse momento histórico, em que a dignidade humana é inserida nos textos de direito, não se afigura apenas com um princípio de filosofia moral fundador, mas também um princípio jurídico. “A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo”²³⁰.

²²⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 58/59.

²²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, IV edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

²³⁰ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2005, p. 86.

A utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” no mundo do direito é fato histórico recente. Não se nega, como já ficou claro ao longo da breve exposição sobre a evolução histórica, que as civilizações respeitavam a dignidade humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um passo notável dos tempos mais próximos²³¹.

O legislador constituinte de 1988, ao contemplar a dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III²³² da Constituição, optou por não incluí-la no rol dos direitos e garantias fundamentais, erigindo-o à condição de princípio (e valor) fundamental. Essa posição topográfica da dignidade humana no texto constitucional não foi escolhida por acaso²³³. A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil revelou uma decisão política determinante: demonstra a subserviência do Estado ao ser humano, da posição de anterioridade da pessoa ao ordenamento²³⁴. “Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica”²³⁵.

Ademais, mesmo em outros capítulos da nossa Lei Fundamental, a dignidade humana foi objeto de expressa previsão, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, caput da CF), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento

²³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, vol.797. São Paulo: RT, março de 2002, p. 11.

²³² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...) III - a dignidade da pessoa humana.

²³³ Ingo Wolfgang Sarlet assinala que a positivação da dignidade humana na condição de princípio jurídico constitucional fundamental é a que melhor se afina com a tradição dominante no pensamento constitucional luso-brasileiro e espanhol. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 69.

²³⁴ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 51

²³⁵ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/Junho de 1998, p. 92.

familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º da CF), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput da CF).

Por ser considerado um valor supremo ou valor fonte que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico²³⁶, para muitos a dignidade da pessoa humana se qualifica como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)²³⁷.

Não obstante a inexistência de um direito fundamental à dignidade²³⁸, nada impede que do princípio da dignidade da pessoa humana se possam extrair “posições jurídico-subjetivas fundamentais”²³⁹. Ou seja, é possível se deduzir do princípio da dignidade humana fundamentos para a solução do caso concreto.

O reconhecimento do princípio da dignidade humana como fonte imediata para solução do caso concreto há de ser utilizado, principalmente, nas questões de biodireito, uma vez que, com a grande velocidade das transformações biotecnológicas, torna-se impossível incluir no catálogo dos direitos todas as previsões que agridam a dignidade da pessoa humana²⁴⁰.

Há que se chamar atenção para o fato de que a dignidade da pessoa humana é fonte simultânea de direitos fundamentais e direitos de personalidade²⁴¹.

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 72.

²³⁷ *Ibidem*, p. 72.

²³⁸ Registre-se que Francis Delpérée discrepa desse entendimento ao assinalar: “O direito à dignidade humana pode representar um direito autônomo. As autoridades públicas devem contribuir para lhe dar um conteúdo próprio. Este direito gera direitos particulares”. (DELPÉREÉ, Francis. O direito à dignidade humana. *In*: BARROS, Sérgio Resende de Barros; AURÉLIO, Fernando. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 154).

²³⁹ SARLET, Ivo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 105.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 107.

²⁴¹ Conforme Jorge Miranda: “Os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são direitos de exigir de outrem respeito da própria personalidade; têm por objecto,

Nesse sentido, Rosenvald afirma que:

Há de se enfatizar que a dignidade da pessoa humana é fonte simultânea de direitos humanos e de direitos de personalidade. Fechando o ciclo evolutivo, ambos, quando positivados, convertem-se em direitos fundamentais de igual conteúdo. Com modo e intensidade variáveis, serão eles de alguma maneira reconduzidos à idéia primária de dignidade, como última instância de proteção a todo ser humano²⁴².

Descortina-se, portanto, a possibilidade de os princípios constitucionais e os direitos fundamentais operarem efeitos nas relações privadas, o que se denomina de constitucionalização do Direito Civil.

A constitucionalização do Direito Civil representa que:

A Constituição deixa de ser reputada simplesmente como uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e privado²⁴³.

Com o advento da constitucionalização do Direito Civil, os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova leitura, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa²⁴⁴.

Na realidade, inúteis se mostram os refinados instrumentos de proteção dos direitos fundamentais expressos na Constituição, colocados à disposição contra as interferências do Estado, se na atividade econômica privada ou nas relações inter privadas a dignidade da pessoa humana não for respeitada.

não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica". In: MIRANDA, Jorge *apud* ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 42.

²⁴² ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 32.

²⁴³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 101.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência vem gradativamente perfilhando o entendimento da possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais às relações privadas. Os preceitos constitucionais vinculam o Estado e os particulares em um dever de proteção e implementação dos direitos fundamentais, com destaque à dignidade humana²⁴⁵.

Enfim, não resta dúvida de que o constituinte, ao estabelecer o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no capítulo introdutório, pretendeu definir uma nova ordem pública, da qual não se pode excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana. Assim, a pessoa humana – e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se a categoria central do direito privado, redesenhado pelos valores constitucionais²⁴⁶.

O reconhecimento da aplicabilidade do princípio da dignidade humana nas relações privadas somente vem reforçar o entendimento de que essas normas devem incidir no tocante ao direito à procriação, à reprodução assistida, bem como aos demais temas relacionados ao biodireito. Qualquer atividade, mesmo que considerada privada, deve se submeter aos preceitos constitucionais de modo a se assegurar a plena proteção à dignidade do ser humano.

²⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para um leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade et alii (org). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 199.

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. Revista da Ajuris, n. 100, Dezembro 2005, p. 167.

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, assim como todas as conseqüências desta opção do constituinte analisadas acima, já deveria ser considerado suficiente para que o princípio incidisse também nas relações jurídicas envolvendo a reprodução humana. Ocorre que, o constituinte foi além e dispôs expressamente no art. 226, § 7º da Constituição Federal que o planejamento familiar deve se fundar na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Impõe-se compatibilizar, portanto, o direito à procriação com outros princípios fundamentais, igualmente admitidos constitucionalmente, porquanto “os efeitos do ato de geração não se restringem ao desejo, à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro”²⁴⁷. Devem ser levados em consideração os direitos da futura criança, principalmente sua dignidade humana.

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, como fundamento ao planejamento familiar, expressa-se através do “dever geral negativo quanto ao respeito à liberdade individual e aos direitos decorrentes do exercício de tal liberdade, como no caso dos direitos reprodutivos”²⁴⁸. Desta forma, cabe ao Estado, não apenas se abster de violar a dignidade da pessoa ou do casal que pretende exercer sua opção no exercício do direito ao planejamento familiar, sem qualquer tipo de medida coercitiva por parte de órgãos públicos, mas também impedir que o

²⁴⁷ BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes temas da atualidade**: Bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

²⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 464.

restante da coletividade possa macular a dignidade daqueles que optam por exercer o direito ao planejamento familiar²⁴⁹.

De outro lado, deve ser resguardada a dignidade humana daquela futura pessoa, isto é, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar. “Há, desse modo, o conflito de dignidade da pessoa humana que, em regra, deve ser solucionado em favor daquela que poderá vir a nascer. Dessa forma, considerando o princípio do melhor interesse da criança, tal como visto, resta evidenciado que o interesse a ser protegido é o da criança”²⁵⁰.

No que toca especificamente à dignidade da criança a nascer, impõe-se que essa criança seja um valor em si mesmo, na linha da concepção kantiana de dignidade. O filho ou filha não podem se tornar um meio de satisfação dos caprichos ou dos desejos arbitrários dos pais. O filho é um valor em si mesmo e nunca pode ser considerado como um meio a serviço de uma necessidade de seus progenitores²⁵¹.

O respeito à dignidade deve limitar a todo custo o “cobaismo humano”. Esse é um dos pontos em que a ética deve se mostrar inflexível, de tal forma que estaria proibida toda a atuação que converta o ser humano em mero objeto de experimentação (cobaia)²⁵².

Corroborando com esse entendimento, Paulo Bonavides afirma que:

As manipulações genéticas da procriação artificial não podem reduzi-lo (o ser humano) a objeto ou mercadoria ou cobaia de laboratório. Isso ofende o direito natural. E o direito natural não é o direito comercial; é direito de libertação, qual entendemos, qual o interpretamos, qual o reconhecemos na ordem dos eventos históricos com que a razão tem emancipado, por vias revolucionárias, a consciência humana²⁵³.

²⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 464.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 464.

²⁵¹ ESTÉFANI, Rafael Junquera de. *Op. cit.*, p. 19.

²⁵² *Ibidem*, p. 25.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo em Prefácio da obra de SILVA, Reinaldo Pereira. *Op. cit.*, p. 11.

Essa imprescindível intransigência contra a coisificação do ser humano se verifica também na visão de Luiz Edson Fachin: “Nesse momento, porque somos sujeitos de direito e não objeto de crédito, compete rejeitar, no máximo de nossas forças, na advocacia, no magistério, na magistratura e em todas as funções, a bestificação da vida, a ‘reificação’ de todos ...”²⁵⁴.

Para se evitar a coisificação da criança que irá nascer, deve-se objetar qualquer tentativa de escolha de sexo no momento da procriação, a não ser para evitar a transmissão de doenças genéticas.

A seleção de sexo na reprodução assistida pode ser feita através da separação de espermatozoides masculinos (Y) ou femininos (X) ou pela identificação genética dos embriões através de biópsia de células embrionárias²⁵⁵. Neste último caso, a associação das técnicas de reprodução assistida com as de genética molecular tornou possível então a detecção de doenças geneticamente transmissíveis em estágio bastante precoce²⁵⁶.

No entanto, a escolha do sexo da criança, exceto para evitar doenças genéticas ou hereditárias, ou a escolha de qualquer outra característica do bebê (como, por exemplo, a cor dos olhos) devem ser rejeitados, eis que transforma a criança que irá nascer em objeto, suscetível aos desejos hedonistas dos genitores²⁵⁷.

²⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) **Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 18.

²⁵⁵ PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 06.

²⁵⁶ GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 303.

²⁵⁷ No Brasil, a resolução do conselho federal de medicina de 1992 não permite que a sexagem seja realizada, sem um motivo definido, utilizando-se as técnicas de reprodução assistida e o diagnóstico pré-implantatário.

Deve-se evitar a todo custo a industrialização dos “*designer babies*”, conforme preceituam Fiorillo e Diaféria:

Assim, fica vedada a busca do ser humano perfeito, ideal, para que ele não seja coisificado, para atender aos padrões da moda ou do estilo de vida de determinada época da história da Humanidade, prejudicando assim o desenvolvimento das futuras gerações de forma espontânea e saudável²⁵⁸.

Saliente-se, também, que a seleção de qualquer característica biológica mostra-se muito próxima da eugenia, e o diagnóstico pré-implantação não representa nem pode representar um caminho para ela. Na verdade, a linha divisória é muito tênue e, para isso, as normas éticas devem existir²⁵⁹.

Decorre ainda do respeito à criança como pessoa com dignidade, a imposição de que as técnicas de reprodução assistida somente devem ser utilizadas nos casos de indicação terapêutica, como já assinalado anteriormente.

Nesse ponto, deve-se ter em mente que os processos de procriação artificial são cercados de dificuldades, que podem deixar seqüelas, tanto na mulher quanto na criança, tanto fisicamente quando psicologicamente, exigindo-se do casal e principalmente da paciente, renúncia, abnegação e paciência. Assim sendo, não se pode tomar essa decisão como ato de vaidade²⁶⁰. Ante os riscos à saúde das pessoas envolvidas, não se pode admitir o acesso às técnicas de reprodução assistida a não ser para os casos de infertilidade, esterilidade ou perigo de transmissão de doenças hereditárias.

Some-se a isso ainda o que já foi dito e novamente se repisa: “As inusitadas técnicas de procriação humana devem ter como objetivo único a solução dos casos de esterilidade. Não se justifica o direito ilimitado de se poder ter um filho através de

²⁵⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 94.

²⁵⁹ GEBER, Selmo. *Op. cit.*, p. 306.

²⁶⁰ FERNANDES, Sílvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 53.

qualquer meio ou qualquer preço. O principal limite ético é o valor que tem em si o filho que se deseja”²⁶¹.

Na tentativa de se delinear algumas regras de conduta neste campo da reprodução humana e a fim de se evitar atentados contra a dignidade humana, Casabona enunciou três princípios gerais informadores da procriação e outros três princípios específicos. Os gerais são: 1) os novos procedimentos devem ficar submetidos à legitimação e controle da comunidade; 2) o bem juridicamente protegido deve ser o interesse do filho; 3) o respeito à dignidade humana deve ser uma constante presente nesses procedimentos. Os específicos, comuns a todas as variantes de reprodução assistida, são: 1) que se utilizem somente como terapia; 2) que se garanta ao novo ser a figura de um pai e uma mãe; 3) que se evitem abusos no uso das técnicas²⁶².

De tudo o que foi exposto, depreende-se que o direito à procriação – e por conseqüência o recurso às técnicas de procriação assistida – não pode ficar sob o exclusivo alvedrio das partes envolvidas no procedimento para a geração da criança. A liberdade de procriação existe e merece ser preservada, sem a ingerência indevida do Estado e dos particulares, com um planejamento familiar responsável, porém não pode ser absoluta.

O direito à procriação subordina-se ao princípio (e valor) da dignidade da pessoa humana, encampado pela nossa Constituição Federal como elemento interpretativo integrador de todo ordenamento jurídico. Some-se a isso que o princípio tem força normativa e deverá regular quaisquer relações, preservando-se, sempre, o valor existencial da pessoa humana acima de qualquer outro interesse de ordem

²⁶¹ MACHADO, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 99.

²⁶² CASABONA, Carlos María Romeo *apud* ESTÉFANI, Rafael Junquera de. *Op. cit.*, p. 27/28.

patrimonial. Além disso, deve-se conferir prioridade absoluta ao interesse da criança, reconhecendo-se sua condição de pessoa em desenvolvimento, que não pode ficar submetida aos eventuais caprichos dos genitores.

Enfim, é preciso conferir um caráter eminentemente humanitário às relações envolvendo os direitos reprodutivos, como enfatiza Maria Helena Diniz:

O trabalho de cada um de nós e da humanidade, como um todo, para decidir o futuro do século XXI é preparar um caminho de saída do ceticismo, para que haja um processo de progressiva humanização e luta em busca do retorno à consciência, dirigida à dignidade humana e ao respeito à vida, operando a evolução do egoísmo para o altruísmo, com o abandono da perigosa inversão de valores, ora tão em voga, pondo fim à orientação materialista reinante²⁶³.

A fim de se assegurar esse respeito à vida e o direito à saúde dos envolvidos no processo de procriação, nada mais eficaz do que se aplicar o princípio da dignidade humana nessas relações. O princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta em diversas dimensões, uma vez que a dignidade constitui o valor próprio que identifica o ser humano como tal²⁶⁴.

É preciso, portanto, que a dignidade humana se materialize nessas diversas dimensões a fim de que a criança a ser gerada obtenha proteção integral em sua existência. Cabe aos operadores do direito desvendar essas dimensões através de um trabalho de construção interpretativo constante, que não se esgote nunca, de modo que, sem vulnerar o direito à procriação, seja conferida prioridade ao interesse da pessoa humana que irá nascer.

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 106.

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

CONCLUSÃO

Pelo que se observou ao longo do trabalho, há no ordenamento jurídico brasileiro um direito à procriação, reconhecido não explicitamente através de uma regra positivada, porém extraído através de uma interpretação de princípios e regras constitucionais. O direito à procriação está presente no ordenamento jurídico como direito fundamental, consistindo na proteção à saúde reprodutiva, à maternidade, à paternidade, estímulo à contracepção e acesso às técnicas de procriação assistida para os casos de esterilidade ou infertilidade, consagrando-se, também, a primazia do interesse da criança a ser gerada.

Revela-se o direito à procriação em um sentido negativo e positivo. Na dimensão negativa, expressa-se na proibição de o Estado interferir no planejamento do casal de forma arbitrária. No sentido positivo, traduz-se na obrigação do Estado de informar o casal sobre a reprodução sem riscos à saúde e prover os instrumentos necessários para o exercício da parentalidade responsável, disponibilizando também o uso das técnicas de procriação assistida.

A assertiva de que existe um direito à procriação não é suficiente, impondo-se descobrir os fundamentos jurídicos que o sustentam. Pode-se afirmar que esse direito advém, precipuamente, da regras que dispõem sobre o planejamento familiar, do direito à liberdade e do direito à saúde.

Com a evolução do sentido do direito à liberdade, esta foi além da proibição da prisão arbitrária pelo Estado para se transformar em autonomia, autodeterminação ou a possibilidade de as pessoas decidirem livremente sobre os assuntos de sua esfera mais íntima. O direito à procriação está, portanto, no bojo dessa esfera íntima. Reforçou o direito à procriação, assentada na liberdade, o fato de a Constituição

Federal no art. 226, § 7º consagrar que o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Infere-se, igualmente, o direito à procriação da previsão constitucional do planejamento familiar em que o constituinte assegura o direito a fundar uma família. Nesse contexto de se fundar uma família se insere o direito à procriação.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o direito à saúde como direito social fundamental, impõe a todos e ao Estado a garantia à proteção à saúde. Esse direito, no entanto, decorrente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, não se restringe ao respeito à integridade física ou à situação de ausência de doença, conglomera também o bem-estar mental e social. Sobre esses delineamentos mais amplos do direito à saúde é que o direito à procriação emerge com o fito de se assegurar o bem estar psíquico das pessoas. A garantia à procriação proporciona o desenvolvimento da pessoa como tal.

As conferências internacionais sobre população propiciaram um desenvolvimento do conceito de direitos reprodutivos, de maneira que passassem a ser tratados como direitos humanos, apontando-se para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva. Trata-se o direito à reprodução como assunto inserido no direito à saúde.

Dentro do conceito do direito à procriação, insere-se o seu aspecto negativo, que se configura como o direito a não gerar.

O direito a não procriar é legítimo direito do casal, quando decidido de forma consciente e livre, não podendo sofrer interferências do Estado. No entanto, quando a impossibilidade de reprodução radica-se em problemas de esterilidade ou infertilidade, como corolário do direito à procriação, assentado na preservação da

integridade física e psíquica do casal, faz-se necessário que se assegure o acesso às técnicas de procriação medicamente assistidas.

É certo que a utilização das técnicas de procriação assistida, notadamente a heteróloga, suscita problemas éticos e jurídicos. Porém, não se pode denegar esse acesso indistintamente, sem uma análise de caso a caso. Percebe-se que a realização do desejo de ter filhos não é mero capricho, mas fator importante para o desenvolvimento da personalidade e a garantia à integridade psíquica e social do casal. Torna-se, assim, impossível se desvincular o direito à saúde com o acesso às técnicas para aqueles que não podem procriar em decorrência de esterilidade.

Não obstante isso, não se deve menosprezar os riscos éticos que envolvem a procriação assistida, cabendo aos operadores do direito estabelecer os limites desse direito.

No que tange especificamente à procriação assistida, o acesso às técnicas deve ser credenciado apenas aos casos com indicação terapêutica, ou seja, apenas para o tratamento da esterilidade ou infertilidade, além da prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética ou hereditária.

Ademais, deve-se obter o consentimento informado das pessoas envolvidas, devendo o médico informar e alertar o casal sobre os riscos do tratamento tanto no campo médico quanto ético.

No caso da reprodução heteróloga, outro pressuposto deve ser levado em conta para a aceitabilidade do uso da técnica: a concessão de gametas, auxiliar das técnicas para procriação assistida, é lícita e válida desde que não possua caráter lucrativo ou comercial.

Além desses limites, específicos para a reprodução assistida, o direito à procriação deve ser informado e gizado por outros princípios de ordem

constitucional, que asseguram o desenvolvimento saudável da criança a ser gerada. Não se deve descurar da primazia do interesse da criança, da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

A proteção absoluta e integral da criança e do adolescente recebeu status constitucional e se insere no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana, com absoluta prioridade em relação a outras pessoas, sendo que são devedores de tal proteção a família, a sociedade e o Estado. Houve, assim, o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente como direitos oponíveis à família, à sociedade e ao Estado, o que em termos literais, torna a criança e o adolescente muito mais tutelados do que a família tal como prevista no art. 226, da própria Constituição e, conseqüentemente, os outros integrantes. Assim, na colisão de interesses decorrente do direito à procriação, deve prevalecer o direito da criança ou do nascituro, mesmo em detrimento da vontade dos genitores.

Essa prioridade absoluta do interesse da criança deve preservar o direito do nascituro, isto é, assegurar o direito da criança mesmo antes de seu nascimento.

O direito à procriação deve ser harmonizado também com o princípio constitucional da parentalidade responsável. O direito à procriação não pode se restringir à concepção e ao nascimento da criança, mas também à educação, à afetividade e ao amparo total desse novo ser humano. Diretamente ao desejo de procriar deve estar associado o desejo de promover o desenvolvimento de uma criança e o de erigir uma família. Isso significa que, no caso das técnicas de procriação assistida, a criança a ser gerada tem o direito de ser concebida em uma família com a presença tanto do genitor quanto da genitora.

Finalmente, a dignidade da pessoa humana, erigida pela Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e elemento

hermenêutico integrador de todo o sistema jurídico, deve ser respeitada na concretização do direito à procriação. Acima de qualquer desejo à procriação deve estar a garantia à existência digna dos envolvidos no processo.

Principalmente a dignidade humana da criança a ser gerada deve ser preservada. Na linha da concepção kantiana de dignidade o filho deve ser um valor em si mesmo e nunca pode ser considerado como instrumento a serviço dos desejos hedonistas dos pais.

Diante dessas observações, há que se concluir que o direito à procriação é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como forma de se assegurar o direito à saúde e a liberdade das pessoas, decorrendo daí, ainda, a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução medicamente assistidas para os casais estéreis. No entanto, acima desse direito, deve-se resguardar a dignidade humana das pessoas envolvidas, notadamente os direitos dos filhos a nascer, que não podem servir de instrumentos para a satisfação pessoal dos genitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, vol. 797. São Paulo: RT, março de 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira Leite (coord.) **Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Reprodução assistida e novo Código Civil. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BASTOS, Celso Antônio. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 55ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código Penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 42ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 446.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico – uma questão biojurídica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

- CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, IV edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *In*: BARROS, Sérgio Resende de Barros; AURÉLIO, Fernando. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.
- COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- CRUZ, Paulo Márcio. Direitos fundamentais: da liberdade ao biodireito. *In*: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade et alii (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**, 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. *In*: BARROS, Sérgio Resende de Barros; AURÉLIO, Fernando. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.
- DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESTÉFANI, Rafael Junquera de. **Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos

direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *In*: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade et alii (org). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. *In*: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Direito & medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira; CARVALHO, Thais Daí Ananias de. Aborto eugênico – uma questão biojurídica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções fetais – uma visão bioética. *In*: BARBOSA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade**: Bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. *Júris Síntese* n. 54 – Jul/Ago de 2005.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos, 1ª edição, 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**, 2ª edição. Madri: Editorial Dykinson, 2003.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2005.

MEIRELLES, Jussara Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Estatuto jurídico do embrião. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética e biodireito e novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Gênese, 1998.

_____. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas. Curitiba: Gênese, 2004.

_____. O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

QUEIROZ, Victor Santos. **Direito à procriação**: fundamentos e conseqüências. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7905>>. Acesso em: 17 abr. 2007

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Derl Rey, 2002.

- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- SANCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a reproduccion**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1994.
- SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. *In*: MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007.

SEBASTIÃO, Jurandir. O avanço da medicina e as implicações na ordem jurídica. *In*: LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de (coord.). **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004.

SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/Junho de 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: RT, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotechnology e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. Revista da Ajuris, n. 100, Dezembro 2005.

_____. **Temas de Direito Civil**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Editora, 2007.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)