

JUSTIÇA CIDADANIA &



MÁRCIO THOMAZ BASTOS:

**“NOSSA CRISE É
INSTITUCIONAL”**

Editorial: A GARANTIA JURÍDICA DO GOVERNO

A LEGITIMIDADE DA PROcriação ASSISTIDA FACE À ESSÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Roberto Wider

Desembargador do TJ/RJ



A enorme velocidade com que os avanços científicos e tecnológicos impõem transformações sociais acarreta que estas, mais das vezes, não se façam acompanhar do devido respeito aos valores éticos e morais subjacentes às normas e códigos norteadores dessa mesma sociedade.

Assim se dá com as questões que envolvem a procriação assistida, quer do ponto de vista humano, em geral, quer estritamente do ponto de vista jurídico.

Posto que novas categorias demandam novas conceituações, vemos surgirem a Bioética e o Biodireito como disciplinas capazes de subsidiar as discussões e decisões sobre esse tema que toca profundamente no princípio da dignidade humana.

Os Direitos Humanos, em processo de afirmação ao longo da História, assumiram caráter universal a partir da declaração dos Direitos Humanos, em 1948, passando, então a ter assento nas constituições de diversos países.

A esse respeito, vejamos o pensamento de Vieira de Andrade (1987), quando traça comentário sobre o conteúdo dos direitos fundamentais:

“O conteúdo essencial dos direitos fundamentais consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito, e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de realmente existir”.

O direito de constituir família, por exemplo, recepcionado em várias legislações, é erigido como direito fundamental em muitas constituições.

A possibilidade de utilização do progresso científico no alcance desse objetivo, dá ensejo a duas correntes de pensamento, bastante divergentes entre si.

Os adeptos de uma delas 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, sendo, deste modo, intolerável a ingerência do Estado na relação do ser humano com o seu próprio corpo, que deveria ser exercitada com total liberdade.

Para a outra corrente, entretanto, a intervenção do Estado é

autorizada pela transcendência da matéria, de ordem pública, coletiva, acima dos interesses e responsabilidade individuais, cabendo ao mesmo estabelecer regras jurídicas precisas para a utilização da moderna biotecnologia.

Neste ponto, convém ponderar que o conceito de liberdade natural é indissociável do conceito de dignidade natural, sendo, neste caso, oportuna a imposição de restrição ao exercício da livre disposição do seu corpo pelo ser humano, haja vista estar em questão, aí, a vida, a dignidade de um terceiro ser humano, incapaz de realizar, então, qualquer escolha.

A salvaguarda do equilíbrio entre os princípios da liberdade e da dignidade deve concitar o homem a dispor de forma responsável, tanto do seu próprio corpo como das questões da vida em geral. Zelar por este equilíbrio é, nesta perspectiva, atribuição do Estado quando à pessoa faltar o equilíbrio entre os dois princípios.

O desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes (1997), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aponta três modelos primários, colhidos no Direito comparado, acerca da reprodução assistida:

I- o repressivo, que estabelece proibições, comandos e sanções. Dessa natureza são os projetos italianos apresentados ao Parlamento na década de 60.

II- o modelo liberal, que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduos e do casal a decisão sobre a técnica da procriação, incumbindo à lei a disciplina de suas conseqüências, como tende a ser a legislação espanhola.

III- o modelo intervencionista, favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores, que vem a ser a tendência majoritária.

A partir destas três correntes básicas surgem as nuances dos textos constitucionais de cada país.

Por exemplo, o artigo 36, número I da Constituição Portuguesa reza que a constituição de família é direito fundamental, conforme se lê:

“Todos têm o direito de constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Por sua vez, o artigo 67 da Magna Carta Portuguesa erege a família a núcleo de realização pessoal de seus membros, e a vinda de filhos pode ser encarada como um, dentre muitos aspectos da realização do ser humano, enquanto indivíduo e

enquanto casal.

Merece destaque, ainda, o artigo 26 da Constituição de Portugal. Sendo a família elemento fundamental da sociedade, a lei máxima vem tutelando o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar:

“A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”.

Na mesma perspectiva, o sistema jurídico brasileiro, no artigo 226 § 7º da Constituição Federal, proclama o planejamento familiar como direito decorrente da autonomia dos indivíduos:

“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”

Também, o Pacto Internacional de New York, de 19 de dezembro de 1966, já definia a família, no artigo 23, número I:

“A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Tanto as duas Cartas Magnas, quanto o diploma internacional citados trazem implícitos aos seus conceitos a noção de que intimidade, vida privada e familiar estão

interligadas. As relações subjetivas e o trato íntimo do ser humano, devem, assim, merecer grande cuidado por parte do Direito, evitando-se indevidas ingerências externas.

Algumas vezes, contudo, tais direitos fundamentais da intimidade, vida privada e familiar entram em choque com outros direitos fundamentais prevalentes, tais como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, tais como garantidas na Constituição Portuguesa.

“Artigo 11º. Ninguém pode ser privado de quaisquer dos direitos fundamentais do homem. Os direitos fundamentais garantidos por esta Constituição são concedidos ao povo de hoje e as futuras gerações, como direitos eternos e imutáveis.”

Inegável ser a concepção assunto pertinente à esfera íntima dos casais, mas em face do direito à liberdade de escolha dos recursos biotecnológicos surge, em contrapartida, o dever de

“A SALVAGUARDA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA DIGNIDADE DEVE CONCITAR O HOMEM A DISPOR DE FORMA RESPONSÁVEL, TANTO DO SEU PRÓPRIO CORPO COMO DAS QUESTÕES DA VIDA EM GERAL. ZELAR POR ESTE EQUILÍBRIO É, NESTA PERSPECTIVA, ATRIBUIÇÃO DO ESTADO QUANDO À PESSOA FALTAR O EQUILÍBRIO ENTRE OS DOIS PRINCÍPIOS.”

“(...) A RESERVA DE INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR NÃO PODE SER ENCARADA COMO DIREITO ABSOLUTO, PLENO, AUTORIZADOR DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA SEM A MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL.”

zelar pelo filho a ser gerado, aí incluído o destino dos embriões assim produzidos.

Em diversos textos constitucionais e outros diplomas existem garantias concedidas ao embrião humano, como é o caso do Código Civil Brasileiro, que em seu Artigo 2, afirma começar a personalidade civil da pessoa a partir do nascimento, mas põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.

Dias (1984), ao discorrer a cerca das visões sobre a dignidade do embrião, aponta:

“ De acordo com uma visão niilista, o embrião não goza de qualquer direito, nem no plano ético, nem no plano jurídico. Segundo tais concepções, os próprios direitos do homem são universalmente muito precários. Compreende-se pois que o embrião não goze de nenhum direito.

Já uma postura utilitarista terá a propensão de atribuir direitos apenas aos seres que sentem, capazes de gozo ou sofrimento.

Assim deveriam se atribuir direitos aos animais adultos, mas não aos embriões, enquanto privados de sistema nervoso.

Por último, o humanismo metafísico reconhece ao homem uma dignidade ontológica superior à estrita proteção legal, porventura inexistente, independentemente da capacidade de sentir ou do grau de desenvolvimento. Nesta perspectiva, o embrião deverá gozar de uma proteção satisfatória.”

Toda e qualquer pessoa que, ao nascer e assumir personalidade, contrai direitos e obrigações, já foi um embrião. Não é descabido inferir que, dada a utilização cada vez maior das técnicas de procriação assistida, em curto espaço de tempo, incontável número de pessoas terá tido seu início de vida como embrião *in vitro*.

Na esteira deste raciocínio, atentar contra o embrião *in vitro*, a pretexto do mesmo não ser pessoa, de não ter personalidade e não ser ao menos nascituro, enquanto não nidado no ventre de uma mulher, é ferir a potencialidade da vida, a dignidade indeclinável do ser humano em escala considerável.

Fica, assim, evidente, que o embrião mantido em

laboratório, como resultado da revolução biotecnológica, é categoria nova e como tal deve ser pensada, conceituada e tratada, não havendo porque aproximá-la de categorias já codificadas pelo direito, à luz da realidade de tempos anteriores. Tal postura seria casuística e, até mesmo, oportunista.

Sempre que se estabelece uma categoria nova no discurso dos saberes, sejam eles biomédicos ou jurídicos, isto é feito visando a definir um novo elemento face ao contexto em que se insere. Usar, pois, as antigas categorizações de pessoa natural e nascituro, como definidas para o contexto em que então se inseriam, com a finalidade de vedar direitos fundamentais ao embrião *in vitro*, é, na melhor das hipóteses, cometer um erro essencial.

A proteção jurídica deve alcançar a fecundação extra-uterina, trazendo o embrião mantido em laboratório para o universo codificado, posto haver uma gênese comum entre eles e os demais indivíduos humanos, compartilhando todos a mesma essência, não sendo possível distinguí-los de modo a justificar a exclusão daqueles do direito fundamental à vida e a dignidade.

Portanto, a reserva de intimidade da vida privada e familiar não pode ser encarada como direito absoluto, pleno, autorizador da utilização dos meios de reprodução assistida sem a menor intervenção estatal.

É imprescindível a presença do Estado em diversos setores da sociedade, devendo a legislação constitucional e infraconstitucional de cada país dosar equilibradamente o limite entre a ação intervencionista necessária e a seara do não intervencionismo, conforme proposto na Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e Benefício da Humanidade, de 10 de novembro de 1975, da ONU:

“Artigo 6º. Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e a proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.”

A dignidade zelou pela conjunção dos direitos fundamentais do homem ao longo da história e, diante da empolgação com a novidade das questões médicas, não se pode olvidar a milenar construção de valoração da vida, à luz da razão, da natureza, da ética e da própria consciência humana.

Ao nortear a elaboração das leis, a Bioética e o Biodireito deverão repudiar todo e qualquer comportamento que reduza a pessoa humana à condição de coisa. O reconhecimento da dignidade do ser humano, incluído aí o embrião, no útero materno ou *in vitro*, como fonte da vida, da humanidade mesma, há de ser a causa primeva da ordem jurídica para a qual está voltada, pois só isto é capaz de lhe conferir sentido.