

A ética, o legítimo e o legal

*Luiz Roldão de Freitas Gomes **

"Non omne quod licet honestum est."

(Paulo, 1, 144 D, 50, 17)

"Sem a Consciência, a ciência só pode conduzir à ruína do homem."

(Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação", in Questões atuais de Bioética, 3o vol., Edições Loyola, p. 16).

SUMÁRIO: I. Conceito de legítimo. II. Ética e Moral. III. A norma jurídica e a regra moral. IV. Problemas gerados, hoje, no campo do Direito e da Ciência: a Bioética. Os Direitos da Personalidade. V. Os Transplantes. VI. A Fecundação assistida: generalidades e o Direito Comparado. VII. A Fecundação assistida no Direito brasileiro. Questões suscitadas. VIII. Conclusões Finais.

I. CONCEITO DE LEGÍTIMO

1. "Legítimo", em singela concepção, derivado do latim legitimus; de lex, exprime, de modo geral, "tudo o que está conforme às leis ou que se apresenta cumprindo as determinações legais" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, vol. III, 1963). "Nesta razão, possui a mesma significação de legal. E, decorrentemente, de válido, puro, perfeito, regular. Onde quer que se apresente, portanto, o adjetivo "legítimo" está determinando o ato, a causa, o direito, como apoiado na regra ou revestido das exigências legais, pelo que valerá como de direito, erga omnes".

Prossegue o autor: "É o que procede legalmente, que é lícito, é permitido, é autorizado, o que, aliás, redundando sempre na exata expressão: é legal, porque, procede da lei, está permitido ou autorizado em lei, é amparado o apoiado em lei. Afinal, é o que deriva da lei ou o que é introduzido pela lei, 'qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur".

2. Relativamente ao significado de legal, explicita o mesmo autor (ob. cit., vol. III): "Derivado do latim, de legalis, quer exprimir a situação da coisa ou do ato, que se mostra

dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei." "É, pois, a ação exercida dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei." "A legalidade do ato, assim, decorre em ter sido executado consoante as formalidades e exigências legais, ou segundo os requisitos legalmente instituídos." "Por vezes, legalidade quer exprimir as próprias solenidades ou formalidades legais. E assim se diz: é feito ou foi feito com todas as legalidades, isto é, com atenção a todos os desejos ou requisitos da lei. Em outros casos, exprime o próprio poder legal: está contra a legalidade ou contra o poder legal, que é o poder legalmente instituído."

II. ÉTICA E MORAL. CONSIDERAÇÕES

3. O tema, todavia, não se revela tão simples quanto as definições, porque diz com o próprio conceito de Direito, a noção de norma jurídica e seu entrelaçamento com a Moral.

Antes, porém, importa situar o campo da Ética, conceituada, igualmente, em singela concepção, por Theobaldo Miranda Santos (Manual de Filosofia, 9a ed., Cia Editora Nacional, p. 21, como "o estudo da ação humana enquanto livre e pessoal. Sua finalidade é traçar normas à vontade na sua inclinação arpa o bem. Pode, portanto, ser definida como a ciência que trata do uso que o homem deve fazer de sua liberdade para atingir seu fim último. Alguns filósofos – prossegue o autor – definem a moral como "a ciência dos costumes" (Dürkheim, Levy Bruhl). Esta definição é incompleta, uma vez que a moral não se limita apenas a conhecer ou descrever os costumes, visando antes a dirigi-los e orientá-los de acordo com os princípios da ética." "Reportando-se a Jolivet (Cours de Philosophie, 1938, p. 311), ensina dever o método da moral, ciência normativa, necessariamente misto, isto é, ao mesmo tempo, indutivo ou experimental e dedutivo ou racional, pois, "com efeito, tratando-se de formular as leis da atividade moral, é preciso, antes de tudo, conhecer a natureza do homem para, em seguida, deduzir desse conhecimento os princípios mais gerais da conduta humana."

Segundo o autor, quatro doutrinas básicas poderão ser assinaladas ao longo da evolução história da ética: a ética empírica, a ética dos bens, a ética formal e a ética dos valores (ob. cit., pp. 320-321). A primeira tem por fundamento a experiência. A segunda, iniciada pela filosofia grega, sobretudo por Aristóteles, tendo encontrado sua mais perfeita expressão no pensamento de São Tomás de Aquino, admite a existência de um valor absoluto, que é o bem supremo, sendo Deus o fim último do homem. A ética formal, construída por Kant, admite que a significação moral dos atos humanos reside, não na satisfação das tendências ou na realização dos fins, mas na retidão dos propósitos. Sob este aspecto, "a concordância externa entre a conduta e a norma é simples legalidade, que nada indica sobre o valor ético da ação." "Esta só é moralmente valiosa quando, além de concordar com o que a norma prescreve, realiza o dever pelo próprio dever, isto é, pelo respeito à exigência ética, independentemente de qualquer interesse ou prazer." A norma básica da ética formal de Kant é o imperativo categórico que assim se formula: "Proceda sempre de tal modo que o princípio de sua ação possa ser elevado à categoria de lei universal."

A ética dos valores estabelece que o fundamento do ato moral se encontra no valor. Só deve ser o que é valioso e o que é valioso deve ser. Os atos são qualidades objetivas das coisas e pessoas, não resultando de apreciações subjetivas, existindo, ao revés, por si mesmos. Seus mais autorizados representantes são Marx Scheler e Nicolai Hartmann.

No tocante à natureza da Ética, considera-a uma ciência normativa, porquanto estuda os princípios que devem governar a ação humana, distinguindo-se do senso moral, que é uma espécie de moralidade natural, como o bom sendo está para a lógica.

Conclui: "sem dúvida, nosso senso moral inato nos pode levar a praticar boas ações. Mas é inegável que o conhecimento das normas do dever facilita o seu cumprimento. A ciência mostra, com clareza, os princípios que devem orientar nossa conduta e justifica, racionalmente, o dever que devemos cumprir, evitando que nossa ação seja dominada pelas reações instintivas, pelos impulsos da afetividade e pelos sofismas da paixão." "Além disso, a moral é um complemento indispensável a todas as outras ciências. O progresso da inteligência e da cultura seria supérfluo e até prejudicial, se não concorresse para melhorar o homem e encaminhá-lo à prática do bem. A ciência só contribui para o engrandecimento do indivíduo e da sociedade, quanto ao serviço dos valores morais. Por isso, dizia Sócrates, com razão, "quem sabe se todas as ciências, sem a ciência do bem, não seriam mais nocivas do que úteis."

III. A NORMA JURÍDICA E A REGRA MORAL

4. Todos os estudiosos apontam certa confusão, no estágio, inicial das sociedades, entre ambas. Deste modo, mesclavam-se, sem que se tivesse consciência da diversa realidade de uma e de outra.

"Havia na vida social costumes, tradições, práticas com uma força obrigatória que os homens deviam acatar, mas sem que se pudesse dizer onde acabava o Direito e onde começava a Moral" (Galvão Telles, Introdução ao Estudo do Direito, vol. 1, Lisboa, 1989, pp. 411 e segs.).

Deveu-se ao gênio prático dos romanos, ainda que despojados de formulação de princípios especulativos, a distinção entre ambas, que discerniam de modo intuitivo, sabendo quando se tratava de Direito e não.

Idéia teórica precisa só apareceu na Idade Média, primeiro com a Patrística, máxime com Santo Agostinho, depois com a Escolástica, com São Tomás de Aquino.

Na Idade Média, ensina o Mestre luso (*ibidem*), "o Direito tendeu a compreender a Moral e a fortificá-la com sua estrutura, tendência até certo ponto boa, pois imprime à Moral maior eficácia. Mas não se confundiam as duas noções e será justiça assinalar, com o

é reconhecido por vários pensadores, que se deve ao gênio de São Tomás uma idéia que muitos, pelo desconhecimento da história do pensamento filosófico-jurídico, julgam ser original de um jurisconsulto alemão: Jellinek. Referimo-nos à doutrina do mínimo ético como elemento de caracterização do Direito."

"Segundo ela, o Direito, no que se refere ao seu âmbito, representa um sector da Moral; é mais limitado do que esta; constitui aquele mínimo ético que se torna necessário legalizar e tornar jurídico."

Que assim pensava São Tomás, vê-se claramente do seguinte texto: "*Leges humanae non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosus abstinent, sed solum graviora, a quibus possibile est maiorem partem multitudinis abstinere et praecipue quae sunt in nocentum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservi non posset.*" ("As leis humanas não proíbem todos os vícios de que os virtuosos se abstêm, mas só os mais graves, aqueles de que à maior parte das pessoas é possível absterem-se, e principalmente os que causam prejuízo a outrem e sem cuja proibição a sociedade humana não poderia subsistir.")

"A Moral" – discorre o jurista lusitano – proíbe mais do que o Direito, procura fomentar a virtude máxima. O Direito tem de temporizar até certo ponto com a fraqueza humana, deve contentar-se com um mínimo e reprimir apenas aqueles vícios de que a maior parte dos homens se abstêm, mormente os que redundariam em dano alheio, actos ilícitos sem a proibição dos quais a sociedade correria o risco de naufragar."

Sem embargo de mecânica distinção que se procurou estabelecer, a partir de tais concepções, entre Direito e Moral, concernindo o primeiro à face exterior (comportamento físico) do homem (forum externo), a segunda à interior, à atitude psicológica (forum interno), como compartimentos estanques, não podendo prevalecer o critério.

Não há dúvida de que olha o Direito, em primeiro lugar, os atos humanos em sua configuração extrínseca, mas não se desinteressa, nem poderia desinteressar-se, pela atitude psicológica, que está por detrás deles; "da conduta física sobre até ao comportamento psíquico", tanto no que respeita aos atos ilícitos, como aos lícitos.

Exemplos são a exigência da voluntariedade para se imputar responsabilidade por atos reprováveis e os atos viciados, em sua formação, na vontade, por dolo, erro, coação, que não podem gerar efeitos. Neles, valoriza-se o elemento subjetivo.

Conclui o Professor da Faculdade de Lisboa: "Sem dúvida, como observa por exemplo Del Vecchio nas suas Lições de Filosofia do Direito, a Lei permite coisas que a Moral proíbe, mas isso não envolve contradição entre as duas: é o resultado da natureza do Direito como mínimo ético. O Direito tem de ser menos exigente do que a Moral e impor menor número de limites ou restrições, que aparecem com uma gravidade maior, dada a sanção que as acompanha e a possibilidade do emprego da força física. Permite por vezes o Direito aquilo que a Moral proíbe, significa apenas que o primeiro abandona à jurisdição da segunda matéria que pela sua menor importância social entende não dever submeter ao rigor dos seus preceitos. Contradição haveria, sim, se o Direito ordenasse ou permitisse positivamente o que a Moral veda, mas isso não o faz ou não de fazer ele."

"A tendência para estabelecer um abismo profundo entre o Direito e a Moral vai-se esbatendo felizmente, e bom é que assim aconteça, pois convém, quanto possível, que o Direito se moralize e também, até certo ponto, que a Moral se legalize. Moralizando-se, o Direito ganha um influxo ético que o enriquece; legalizando-se, a Moral adquire força maior."

A distinção, porém, reside no caráter unilateral da Moral e bilateral do Direito. "A Moral dirige-se ao homem e manda-lhe fazer o bem como forma de atingir a perfeição; por conseguinte, a Moral encara a conduta do homem, não nas suas relações com o seu semelhante, mas em si, isoladamente. A Moral é a regra da conduta individual; o Direito, a regra da conduta social. A Moral impõe ao indivíduo um modo de agir para que ele se aperfeiçoe; o Direito diz ao homem o que deve fazer no interesse dos outros. por isso a Moral decreta só deveres, ao passo que o Direito, em contrapartida dos deveres que estatui, reconhece direitos. Unilateralidade ali; bilateralidade aqui."

A Moral é a norma do dever, o Direito é tanto a norma do dever como das faculdades ou prerrogativas que se lhe contrapõem. Também este aspecto da bilateralidade jurídica, que se resolve na oposição entre um dever fazer ou um dever não fazer e um direito de exigir, não escapou a São Tomás, que já falava desse atributo sob o nome de alteritas.

A Moral parte dos pensamentos, enquanto o Direito olha mais o aspecto externo das ações, mas as exige muitas vezes e desce à sua apreciação.

Da distinção entre a unilateralidade e bilateralidade deduz-se ainda o caráter da coercibilidade, próprio do Direito. A violação da lei moral dá lugar a sanções éticas, como o remorso, a reprovação moral, o castigo divino; a da norma jurídica, deflagra sanções exteriores e mais enérgicas. Na possibilidade de coação física encontra-se o sinal visível, externo, que permite facilmente distinguir as normas morais das normas jurídicas positivas.

Outro caráter diferencial, remata o Mestre seguido, está em que "o Direito é o mínimo ético, representa aquele mínimo de prescrições, de limitações, que o legislador destacou das normas éticas e revestiu de sanção jurídica, para satisfazer necessidades supremas da convivência dos homens."

IV. PROBLEMAS GERADOS, HOJE, NO CAMPO DO DIREITO E DA CIÊNCIA:

A BIOÉTICA. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

5. Propõe questões em áreas de atualidade, como os transplantes de órgãos e partes de corpo humano, na experimentação científica, in anima nobili, em seres vivos, em direitos invocáveis pelo homem sobre seu próprio corpo e cadáver, assim com o no palpitante tema da chamada inseminação artificial ou fecundação assistida, in vitro ou in vivo.

6. Antes, porém, de examinarem-se, isoladamente, aspectos de um e outro daqueles temas, convém situar-se a matéria de modo mais amplo ao escopo de verificar-se se ao homem assiste direito sobre seu próprio corpo ou a partes dele, em vida, assim como relativamente ao cadáver, de modo a poder deles dispor, inclusive para fins de ensinar práticas e técnicas científicas apontadas.

Situa-se, sob este prisma, no campo dos novéis direitos da personalidade, cuja construção data sobretudo do final do século passado e do início deste, para o qual colaborou a doutrina dos grandes juristas germânicos e italianos, destacando-se, dentre estes, o célebre Ferrara (*Trattato di Diritto Civile*, pp. 388 e segs.), que os definia: São direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual".

Não constavam estes direitos de diploma legislativo, de forma sistemática, em nosso ordenamento positivo. Eram tutelados em diplomas esparsos, como na Lei de Imprensa (ofensas à honra), no Código de Telecomunicações (iguais violações), na Lei de Registros Públicos (tutela do nome), na Lei de Direitos Autorais (proteção da obra do autor), na Lei sobre Transplantes (resguardo do corpo humano) e noutras disposições isoladas.

Deles não cogitou Clóvis Bevilácqua, embora constasse, à época da edição de nosso Código, do Código Civil suíço, porque, no tocante ao nome, esclarece o Prof. San Thiago Dantas (*Programa de Direito Civil – Parte Geral*, Editora Rio, 1977, p. 196), entendia o autor do Código que resultava adequadamente protegido pelas normas que impedem a usurpação da personalidade.

7. É certo que a tutela dos bens jurídicos que constituem estes direitos faz-se valer, com mais eficácia, no campo criminal. E o nosso Código Penal pune as suas violações, em várias das suas manifestações (vida, integridade física, liberdade individual, honra, sigilo de correspondência e inviolabilidade dos segredos, sentimento religioso e respeito aos mortos, liberdade sexual, pudor, valores da família e outros), assim como o Código de Propriedade Industrial reprime infrações ao privilégio de invenção e lei específica incrimina a violação do direito autoral.

No entanto, a proteção desses bens jurídicos já não mais se satisfaz com a sanção penal, reclamando, antes, pela sua natureza e com as transformações da vida moderna, os avanços tecnológicos e intervenções do Estado e de organismos supra-estatais, na esfera particular dos indivíduos, a sua regulamentação no plano do direito privado.

8. Figuraram no Projeto de Código Civil de 1963 (atos de disposição do próprio corpo; disposição e direito ao cadáver, tratamento e exame médico; reprodução da imagem; direitos autorais). deles dizia o Prof. Orlando Gomes, na "Memória Justificativa do Anteprojeto", DIN, 1963, p. 35:

"O primeiro e dos mais importantes objetivos do anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais da nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares; tanto mais quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos, tais como o do direito à vida, à educação e tantos outros" (grifo nosso).

9. Foram mantidos no Projeto de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados, havendo incumbido a sua parte geral ao eminente Ministro e Professor José Carlos Moreira Alves, que, em estudo comparativo, louvou as opções do Código Civil português nas suas linhas mestras ("Lições do Novo Código Civil português", in A Parte Geral do Projeto do Novo Código Civil Brasileiro, Saraiva, 1986, pp. 16-31).

Vêm aqueles direitos disciplinados nos artigos 11-21 do Projeto, dispondo o primeiro deles que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Prossegue o art. 12: "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

Nos artigos seguintes cuida dos atos de disposição do próprio corpo, admitindo-os gratuitos, com o objetivo científico ou altruístico, para depois da morte e ocupa-se do tratamento médico, a que ninguém pode ser constrangido.

Onde, entretanto, a matéria vem de receber unificada consagração normativa, com explícito relevo nos direitos denominados morais (vida privada, honra, e imagem das pessoas), iniciando-se pelo próprio direito à vida (art. 5º, caput), é na vigente Constituição Federal.

Não cuidou, porém, especificamente, do direito ao corpo, e suas partes e ao cadáver, envolvendo o tratamento médico, transplantes e técnicas de reprodução assistida.

Antes de passar-se ao exame daquelas matérias, convém, desde já, assinalar que o principal problema que os direitos da personalidade propõem é o da sua tutela, a saber, por que meios podem ser processualmente garantidos, de modo, inclusive, a evitar sua ofensa?

A este respeito, medite-se, primeiramente, em sua natureza e características. Dentre estas destaquem-se (Perreau, "Des Droits de la Personnalité", Revue Trimestrielle du Droit Civil, 1909, p. 514), a oponibilidade erga omnes (absolutos), a extrapatrimonialidade, a intransmissibilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a vitaliciedade e a necessariedade, subdividindo-se em direitos às integridades física e moral.

No tocante à sua natureza, saliente-se o entendimento do Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto (Teoria Geral do Direito Civil, 1976, p. 223), de ser o problema de sua construção dogmática fundamentalmente teórico, de importância limitada no quadro dos fins da ciência

do direito, sendo de opinião de consistirem em vários direitos sobre distintos modos de ser físicos ou morais da pessoa ou bens da personalidade.

10. Sua tutela processual desperta maiores dificuldades, no que concerne, principalmente, à prevenção de sua ofensa, porquanto, se a Constituição Federal garante, de um lado, a reparação de ofensas morais contra eles perpetradas, no campo processual, todavia, não se discriminam, objetivamente, medidas visando àquele fim preventivo. Nada obsta, entretanto, a que o Juiz, no uso do poder cautelar geral, possa adotar providências, como a busca e apreensão, exibição e outras medidas provisionais, com caráter liminar, inclusive, com aquele objetivo.

V. OS TRANSPLANTES

11. Estes vêm em lei disciplinados (Lei no 8.489, de 11.11.92, e Decreto no 879, de 22.7.93), que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos.

Admite a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo post mortem para aqueles fins (art. 1o). Determina que "o transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo, somente poderá ser realizado por médico com capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou privadas reconhecidamente idôneas e devidamente cadastradas para este fim no Ministério da Saúde" (art. 6o). Permite à pessoa maior e capaz "dispor gratuitamente de órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins humanitários e terapêuticos" (art. 10), limitando-se á doação entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até o segundo grau inclusive, cunhados e entre cônjuges (§ 1o). Qualquer doação entre pessoas antes não relacionadas somente poderá ser realizada após autorização judicial (§ 2o). Por outro lado, só é permitida esta doação, quando se tratar de órgãos duplos, partes de órgãos, tecidos, vísceras ou partes do corpo humano que não impliquem em prejuízo de mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

12. O problema fundamental que o tema propõe e que não é suscetível de solução pelos juristas é o da definição da morte.

Eram as seguintes as palavras do Prof. Paulo Vaz de Arruda, integrante da equipe do Prof. Zerbini, a este respeito (determinação da morte), quando da elaboração da Lei anterior (Diário do Congresso Nacional, de 29.5.68, p. 2.866): "Verificar, constatar a morte dos outros é algo profundamente angustiante. Na filosofia da ciência já está estabelecido que o que é mais valioso é a hipótese, desde que seja uma hipótese de boa qualidade. A hipótese é mais importante que a própria conclusão, pois uma vez chegada à conclusão, não se tem nada mais em disponibilidade; é tão verdadeira a relatividade e a mutabilidade dos conceitos científicos que os encarregados da reformulação vigente procuram dar um conceito vasto e mais amplo do problema da vida real e da vida aparente. Embora seja

profundamente angustiante verificar e constatar a morte dos outros, estamos acostumados a fazê-lo. E tudo isto tem sentido, porque existe a perspectiva de uma nova vida real".

Não cabe à Lei, porque lhe seria impossível, definir ou determinar quando se deu a morte. Eis porque o art. 8º do Decreto no 879, de 22.7.83, que regulamenta o diploma legal citado, prescreve que "a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano será precedida de diagnóstico e comprovação da morte, atestada por médico nos termos da Lei de Registros Públicos". No § 1º, enuncia que "o diagnóstico e a comprovação da morte não deverão guardar qualquer relação com a possibilidade de utilização de tecidos, órgãos, ou partes do corpo humano para transplante", e, no § 2º, que "o médico que atestar a morte do indivíduo não poderá ser o mesmo a realizar o transplante, nem fazer parte da equipe médica responsável pelo transplante."

No § 3º, estatui que "será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica".

Reporta-se o ordenamento positivo, neste texto, à morte encefálica, como admitir que o óbito, o fim da pessoa humana, se dê ainda quando haja batimentos cardíacos e respiração, mas tenha se tornado irreversível o processo da morte.

Caberá aos médicos, à Ciência estabelecer os critérios para quando se considere tenha aquela ocorrido, com a morte dita cerebral. Ficará aos Códigos de Deontologia Médica fornecê-los, dispondo, inclusive, sobre as condições em que deverá ser atestada.

13. Da mesma forma, percebe-se quanto cabe ao médico, pelo diagnóstico, a indicação terapêutica, a realização de transplantes de partes e órgãos do corpo humano vivo. Nesta seara não pode o Direito intervir, a não ser para exigir segurança quanto à realização do ato, em determinados estabelecimentos, exigindo atendam a determinados requisitos quanto à composição do corpo médico, a condições pessoais destes, mas, sempre, a última palavra caberá à Medicina.

Retorna-se, pois, ao campo em que não é dado à ordem jurídica, até porque não são seus os conceitos diretivos, intervir, para admitir quando se deva realizar, ou não, o transplante, permanecendo este juízo exclusivamente quase na faixa de decisão do facultativo e de sua consciência.

Vê-se, desse modo, que aqui se confrontam, lindeiros, novamente, Direito e Ética, um não prescindindo do outro para regulação das ações humanas.

VI. A FECUNDAÇÃO ASSISTIDA: GENERALIDADES E O DIREITO COMPARADO

14. Cuida-se de tema altamente polêmico, a empolgar toda a humanidade. Já se disse, com fundamentos de razão, que os "genes" constituem o centro do conhecimento da Biologia Humana e que, pela primeira vez, submetendo-se ao controle do homem, permitirão, por aquela ciência e manipulação, o verdadeiro Poder sobre a Vida e sobre a Humanidade (cf. excelente tablóide da Revista The Economist sobre "Biotechnology and Genetics", de 25.2.95).

Nela se discorre que pesquisas nesta área, em laboratórios e empresas estrangeiras (nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França), se desenvolvem não apenas com vistas a descobrir, pelas pesquisas, a possibilidade de encontrarem-se terapias para o tratamento e cura do câncer, do vírus HIV, mas, mesmo sem fins lucrativos, para descobrir-se o segredo da Vida, deste modo, deter-se o maior Poder que os homens jamais puderam alcançar: sobre a Vida e a Morte.

Fala-se na criação e novos tipos de criatura que podem, inclusive, resultar de mistura de genes de homens com outros animais. Cogita-se de tipos superiores, pela utilização de genes de pessoas altamente dotadas. Em suma, sugere-se, ao final, que, tendo em vista as inimagináveis perspectivas abertas pelas pesquisas na área, três princípios fundamentais devem orientá-las: o respeito pela autonomia, pela variedade e pela igualdade.

Realmente assombroso é o Poder que o homem busca alcançar mediante tais pesquisas, que avançam além de qualquer ideação, pois descerram um novo tipo de Humanidade, com o conhecimento e controle de Vida, do nascimento, da infância, de doenças e da própria morte, que não se sabe mais se ocorrerá ou se será estado passageiro para posterior ressurgimento do mesmo tipo. Pela primeira vez, quase como retornando aos estágios mais primitivos, põe em cheque o próprio conceito da pessoa, que passa a depender a Ciência, não mais e natural reprodução da espécie humana.

O homem quer ser Deus de si mesmo.

15. Estas pesquisas já se vinham realizando, entre nós, de forma totalmente livre, vale dizer, sem disciplina e regulamentação legislativa e administrativa. Ficavam mais entregues às próprias normas corporativas, havendo Resolução do Conselho Federal de Medicina de no 1.358/92, disposto sobre "normas éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida", pelas quais se verifica ter deixado à deliberação e consciência médicas o juízo de sua realização. Dispõe seu primeiro princípio que "as técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade".

No segundo princípio, estatui que "as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente". O princípio no 5 enuncia ser "proibida a fecundação deócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana".

16. No Direito Comparado, aliás, três modelos fundamentais defluem dos ordenamentos jurídicos dos países que dispuseram sobre o assunto (cf. Gilda Ferrando, "Introduzione",

"La Procreazione Artificiale tra Etica e Diritto", CEDAM, Padova, 1989, pp. 2-11):

1o) O repressivo, que estabelece proibições, cominando sanções. Desta natureza são os projetos italianos apresentados ao Parlamento na década de 1960. Como tal classifica também a autora a "Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação", da Congregação para a Doutrina da Fé, sob a direção do Cardeal Ratzinger.

2o) O modelo liberal, que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduo e do casal a decisão sobre a técnica da procriação, incumbindo à Lei a disciplina de suas conseqüências.

3o) O modelo intervencionista, favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores.

Segundo a autora, são relevantes para a identificação do modelo as convicções morais e éticas que serviram de inspiração ao legislador e a concepção da relação Moral-Direito.

Na França, em sucinta resenha, lei de 12.7.78 permite ao casal (e a não casados) o acesso gratuito à inseminação artificial heteróloga. A intervenção do legislador atém-se mais a aspectos de assistência pública, concedida, com largueza, a casais que postulam a intervenção, inclusive mediante a constituição de estabelecimentos para fecundação in vitro e de Centros de conservação de esperma, análogos aos de transfusão de sangue. Na ausência de direta disciplina legal, a matéria tem ficado à determinação das praxes administrativas e negociais relativamente consolidadas, e das circulares ministeriais.

A Alemanha dispõe de recente diploma legislativo, que limita a utilização de novas técnicas médicas de reprodução e engenharia genética. Proíbe a chamada "barriga de aluguel", penalizando a mulher que colocar seu útero à disposição para receber óvulos de outra. Não autoriza a inseminação artificial com esperma de homem morto, a produção de embriões humanos destinados exclusivamente à pesquisa, o enxerto de germes hereditários, a fabricação de seres humanos idênticos (clonagem) ou híbridos com animais. Nas fecundações in vitro, os médicos só poderão usar a quantidade de óvulos necessária para cada intervenção, podendo a conservação de óvulos fecundados ser autorizada quando a mulher apresentar problemas de saúde (Jornal do Brasil, de 2.12.90).

Na Suécia, nos Estados Unidos, em Québec, na Suíça e na Grã-Bretanha, a intervenção legislativa não disciplina o fenômeno em complexidade, porém em aspectos merecedores de imediata atenção (Gilda Ferrando, art. cit.).

Na Suécia, Lei de 20.12.84 dispõe sobre a inseminação heteróloga. Na Suíça, o art. 256 do Código Civil, assim como os arts. 586 e 588 do Código Civil de Québec, se preocuparam em regulamentar as conseqüências das novas técnicas em relação ao status pessoal (Gilda Ferrando, art. cit.).

Na Itália, autores como Pietro Rescigno sustentam a oportunidade de intervenção legislativa circunscrita a termos mínimos, associando-a a fontes não estatais de

regulamentação, como o Código de Deontologia Médica. Fala-se na desregulamentação da normatividade. Guido Alpa ("controlle delle Tecniche di Procreazione", "La Procreazione Artificiale tra Etica e il Diritto", pp. 12-25) diz ser melhor não haver lei que tê-la má, reportando-se à posição absenteísta, baseada também no reconhecimento de poder normativo à autonomia privada (pp. 16-21).

Relata, todavia, o entendimento de Trabucchi de não se poder afirmar a prevalência da liberdade do homem, quando no meio está a vida de outro, p. 22).

Projetos propondo tratamento do tema por analogia com a adoção (Santosuosso) e com outras situações, como o aborto, foram formulados.

Defende-se a exclusão de ilicitude da inseminação artificial, porém, em face do direito constitucional de dar a via, concebida a procriação como o desenvolvimento da personalidade ou como a expressão da liberdade sexual do indivíduo, baseando-se também no denominado direito à família e fato.

Nos Estados Unidos, a matéria é de competência dos Estados, havendo-a regulado 29 eles, sem maiores disparidades, com diretrizes quase uniformes, sendo o primeiro o da Georgia, em 1964. Há proposta de um modelo único, prevalecendo, nas legislações estaduais, o estabelecimento da paternidade com esteio na intenção de conceber, não na verdade biológica.

Sustenta-se ter a mulher o direito constitucional e procriar, afigurando-se inválida qualquer tentativa de excluir a inseminação artificial, apresentando-se como tendências gerais seu reconhecimento e permissão, regulando-se a intervenção dos médicos, a orientação quanto à prática a inseminação e suas conseqüências, a realização de prévios exames para o diagnóstico de doenças genéticas e infecciosas, dispondo-se ainda sobre o registro dos dados e seu sigilo.

Em Portugal, o DL no 319, de 25.9.86, dispõe sobre os Bancos de Esperma, discriminando requisitos para a recolha, a manipulação, a conservação de espermas e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana (Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no 7, p. 319).

Sabe-se ser ainda a matéria debatida no Canadá e na Austrália ("La Procreazione Artificiale", cit., "Introduzione", p. 2).

VII. A FECUNDAÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO. QUESTÕES SUSCITADAS

17. Como se disse, a matéria, entre nós, não era alvo de intervenção legislativa, ficando à deliberação de entidade corporativa, no caso, o Conselho Federal de Medicina, que veio a

dispor, de modo favorável à sua realização, mediante condições, na Resolução citada, de 1992.

Antes, sabe-se de sua prática, de certo modo disseminada nos grandes centros (Rio, São Paulo), dependente, exclusivamente, de deliberação dos médicos.

Hoje, a Lei no 8.974, de 5.1.95, ao regulamentar os incisos II e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos genericamente modificados.

O primeiro dos mandamentos constitucionais invocados, no Capítulo do "Meio Ambiente", prescreve que, para dele desfrutarem todos ecologicamente equilibrado, deve o Poder Público "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético".

O segundo estatui competir-lhe "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".

18. A Lei no 8.974/95, editada para tornar efetivos aqueles comandos, no art. 1o, enuncia ter por objeto estabelecer "normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente".

No art. 3o define organismo; ácido desoxirribonucléico (ADN); ácido ribonucléico (ARN), este, o material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; moléculas de ADN/ARN recambiante; organismo geneticamente modificado (OGM); e engenharia genética.

Veda, no art. 8o, "qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recambiante", realizados em desacordo com as normas nela, Lei, previstas (inciso I); a manipulação genética de células germinais humanas (inciso II); a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos (inciso III); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (inciso IV); a intervenção in vivo de material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se os princípios éticos".

Pune como delitos (art. 13): I - a manipulação genética de células germinais humanas; II - a intervenção em material genético, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o da autonomia e de beneficência, com a pena de detenção de três meses a um ano, que é agravada (torna-se de reclusão), se resultam incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, e aceleração de parto. Aumenta a pena, se

resultam incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente e aborto. Maior é o agravamento, se resulta morte.

Pune-se com reclusão (seis a 20 anos) a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.

Confere, no § 5º do mesmo art. 13, legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, pelo descumprimento da Lei. No art. 14, estabelece, a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, para o autor de danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

19. Indaga-se: teria esta Lei admitido a fecundação assistida, in vitro e in vivo? Sim, para os fins nela expostos, sem cuidar, todavia, de suas repercussões no campo do Direito Privado em geral, sobretudo no tocante a conseqüências no Direito de Família.

20. Dentre estas, cumpre se apontem as seguintes interrogações, que a inseminação artificial deflagra:

a) em nome de quem deve ser registrado o filho? Presume-se a paternidade do marido da mãe, se não se constou do assento de nascimento? Pode este ser retificado, v. g., para constarem os nomes dos avós?

b) deve a criança ser adotada pela mãe que a encomendou, fornecendo o óvulo, na maternidade substituta? Constituindo-se, hoje, a adoção mediante sentença, com o preenchimento de requisitos (aferição de reais vantagens para o adotado e aferição de motivos legítimos pelo Juiz), seria adequada àquele fim?

c) os alimentos poderiam ser demandados ao doador, na inseminação heteróloga?

d) no tocante à filiação, pode paternidade, naquela fecundação, ser contestada pelo marido? E se ele consentiu?

21. Em tema de direito sucessório, cabe ainda indagar de quem herda o filho. Tem direitos na sucessão do doador falecido, se não existia quando aquele faleceu? E na fecundação in vitro post mortem? Seria esta, igualmente, admissível? Tem uma pessoa o direito de gerar a vida depois de morta?

22. No concernente ao Direito das Obrigações, interroga-se se é lícito o contrato entre a mãe substituta e a eletiva (que doou o óvulo ou encomendou a gravidez). Pode aquela avença ser executada para a entrega da criança? Tem a mãe de gestação direito a

ressarcimento por privações, diminuições físicas e gastos? Poderia a gestação consistir em bem de trabalho? Poder-se-ia falar em locação de gravidez?

23. Por último, admitia a fecundação assistida, qual deve ser a base da filiação? Biológica, genética ou a vontade das pessoas envolvidas? Coadunam-se todas com o princípio da indisponibilidade do estado civil, de ordem pública?

Por último, como evitar o incesto em inseminações artificiais em pequenas comunidades, uma vez preservado o anonimato do doador?

Todas estas questões não se encontram dirimidas na Lei, nem logram diretivas para tanto.

24. Daí considerar-se a interpretação restritiva que deva receber, por concernir a Bens constitucionalmente tutelados: direito à vida, liberdade de consciência, expressão da atividade científica, proteção da pesquisa e do desenvolvimento científico (art. 218). Firma, igualmente o § 7º do art. 226 ser o planejamento familiar, fundado em princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, de livre decisão do casal. No art. 227, inscreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, mediante, inclusive, programa de assistência materno-infantil.

O aborto também continua punido como crime.

VII. CONCLUSÕES FINAIS

25. Em tema tão delicado, a envolver os arcanos da Criação, do Homem, da Vida e da Morte, cuidadosa deve ser a posição do legislador, o intérprete, do cientista e do médico.

Não se tolhe o progresso da ciência, sempre desejável e que se tem realizado mediante experiências que, muitas vezes, se utilizam do próprio homem, in anima nobilis, sem sacrifício de seus Bens Fundamentais (vida, dignidade, liberdade de convicção, consciência), na busca de soluções terapêuticas para males que assolam a Humanidade.

Exemplifique-se, nos dias atuais, com o câncer e o vírus HIV, sendo neste sentido o esforço de inúmeros pesquisadores.

26. Mas, não se pode em nenhum momento condescender com a utilização daquelas técnicas para além do que a Ética e a Moral, no resguardo daqueles Valores Superiores, permitem. Neste campo, qualquer transgressão, ainda que não regulada a matéria em Lei, nesta não constando, pois, vedações, afigura-se, igualmente, ilícita, por ofender Bens que, simultaneamente, são jurídicos, na medida em que o Direito constitui o mínimo ético, fecundado pelos princípios da Ética e da Moral.

Também, ainda que possa a legislação permitir o uso aqueles meios científicos, imbuídos e propósitos que, porém, ultrapassam os limites demarcados pela Ética, não deve ser interpretada e aplicada, além deles. É que conformam seus Valores o arcabouço do sistema jurídico, do qual se extraem os princípios fundamentais, que orientam a aplicação de suas normas, invalidando mesmo, por atentarem contra as matrizes constitucionais que os contêm, aquelas que a eles não se adequem.

27. Deste modo, no tocante à recente Lei n 8.974/95, não deve ser interpretada como autorizativa da fecundação in vitro ou in vivo para a reprodução da espécie, pois vulneraria, a ser assim entendida, os pilares que erigem a Pessoa Humana em fundamento e destinatário, primeiro e último, do ordenamento jurídico, a partir dos postulados constitucionais.

Anote-se, ao propósito, o texto da Recomendação no 1.100, do Conselho da Europa (Revista Pergunte e Responderemos, 327/1989, p. 384, e 346/1981, p. 121), dirigida a 21 países, afirmando que, "desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquele diminuta célula (ovo humano) já é uma pessoa e, portanto, deve ser intocável aos engenheiros genéticos e pesquisadores biogenéticos".

28. Retenham-se, por derradeiro, as profundas palavras do Papa PIO XII, em alocução dirigida em rádio-mensagem, no Natal de 1944 ("Au Patriciat romain", p. 455):

"Un homme pénétré d'idées justes au sujet de l'Etat, de l'autorité et du pouvoir dont il est revêtu en tant que gardien de l'ordre social, ne pensera jamais à léser la majesté et la loi positive dans les limites de sa compétence naturelle. Mais cette majesté du droit positif humain n'est sans appel que s'il se conforme – ou du moins ne s'oppose pas – à l'ordre absolu établi par le Créateur et mis une nouvelle lumière par la révélation de l'Évangile. Elle ne peut subsister qu'autant qu'elle respecte de fondement sur lequel s'appuient également la personne humaine, l'Etat et le pouvoir public. C'est là le critère fondamental de toute forme saine de gouvernement, y compris la démocratie, crière que droit servir à juger la valeur morale de toute loi particulière."

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense.

Disponível em: <http://www.uff.br/direito/artigos/roldao3.htm>
Acesso em: 31/03/09.