

O DIREITO NATURAL À MATERNIDADE AMPLIADO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA FACE AOS DIREITOS DA CRIANÇA – UM CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO

Ricardo Alexandre de Oliveira Pufal¹

Walber Cunha Lima²

RESUMO

Traz-se a lume uma discussão principiológica muito sensível no direito brasileiro relacionada ao direito natural à maternidade ampliado por técnicas de reprodução assistida, face aos direitos fundamentais da criança. De um lado o Princípio do livre planejamento familiar, previsto no art. 226, §7 da Constituição Federal – CF e do outro o Princípio da proteção integral à criança, art. 227 da CF. Debate-se os limites éticos da ciência, no que diz respeito à maternidade em idade avançada, à luz da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, e suas implicações à vida da criança.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Maternidade. Direito Fundamental. Criança.

THE NATURAL RIGHT TO MATERNITY IMPROVED BY ASSISTED REPRODUCTION FACING THE RIGHTS OF THE CHILD - A PRINCIPIOLOGICAL CONFLICT

ABSTRACT

A very sensitive principled discussion of Brazilian law related to the natural right to motherhood is amplified by assisted reproduction techniques, given the fundamental rights of the child. On the one hand, the Principle of free family planning, provided for in art. 226, §7 of the Federal Constitution - CF and the other the Principle of full protection for children, art. 227 of the CF. The ethical limits of science are debated, with regard to maternity in old age, in the light of Resolution No. 2,168 / 2017 of the Federal Council of Medicine, and its implications for the child's life.

Keywords: Assisted Reproduction. Maternity. Fundamental Right. Child.

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI/. E-mail: rpufal@hotmail.com.

² Professor orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A sociedade é um organismo vivo em constante mudança e evolução e o direito precisa acompanhar esse processo, para que a legislação esteja em consonância com as demandas da sociedade e possa manter a pacificação social.

Nesse sentido, a reprodução humana assistida mostra-se como uma área da medicina que vem evoluindo muito e cada vez mais se torna acessível à população, seja por critérios econômicos ou legais.

Sendo assim, muitas questões éticas e morais se colocam em rota de colisão sem que o Estado acompanhe, legisle e cumpra seu papel regulador, mais especificamente acerca da maternidade em idade avançada possibilitada por técnicas de reprodução assistida.

Diante disso, analisar-se-á a legislação pertinente, apontando o limbo jurídico no qual se encontra a questão, sinalizando os prováveis prejuízos à vida das crianças geradas nessas condições.

Desta forma, fundamentando-se na Constituição Federal, far-se-á um confronto principiológico para mostrar que as crianças não estão tendo, na prática, a primazia de direitos que lhes fora conferida no texto constitucional.

De um lado o Princípio do Livre Planejamento Familiar, e de outro o Princípio da Proteção Integral da Criança.

A maternidade em idade avançada põe em risco mãe e filho, isso é inegável. No caso da criança, vai desde os seus mais fundamentais direitos – à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à convivência familiar - até outros não menos importantes.

Por fim, será feita uma reflexão acerca do tema central em busca de respostas à problemática apresentada.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA - DEFINIÇÃO E RELEVÂNCIA SOCIAL

A Organização Mundial da Saúde, em 1946, definiu saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade (BRASIL, Ministério da Saúde, 2020). Sem adentrar no mérito de essa definição ser adequada ou não, percebe-se a necessidade de analisar o corpo, a mente e até mesmo o contexto social no qual o indivíduo está inserido para considerá-lo com saúde ou não, ou enxergar de um outro prisma, que não apenas o bem-estar físico é suficiente para ser considerado saudável. Sabendo que o Ministério da Saúde do Brasil adota essa definição e que segundo o artigo 196 da Constituição Federal, 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, vê-se a seguir a importância social da Reprodução Humana Assistida.

A infertilidade é definida como a dificuldade de um casal obter gravidez no período de um ano tendo relações sexuais sem uso de nenhuma forma de anticoncepção (BRASIL, 2015) e, apesar de a infertilidade não ser um problema físico ou ameaçar a vida do indivíduo, está relacionada com problemas emocionais, psíquicos e sociais (DZIK et al, 2014).

Segundo a Organização Mundial da Saúde e sociedades científicas, aproximadamente 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida. No Brasil, dados do Ministério da Saúde, provavelmente subestimados, dão conta de que ao menos 278 mil casais apresentam infertilidade, portanto a infertilidade conjugal representa importante e prevalente agravo à saúde, problema mais comum do que parece ser (DZIK et al, 2014).

Embora a capacidade reprodutiva seja considerada como inata ao ser humano, é comprovado por estatísticas que não é assim para toda a população. De acordo com observações clínicas 90% dos casais conseguem engravidar após 12 meses de tentativas, o que diz que cerca de 10% dos casais não seriam capazes de engravidar (DZIK et al, 2014).

Diante disso, recorre-se à Reprodução Humana Assistida visto que é um conjunto de técnicas especializadas, cujo objetivo é promover a união dos gametas masculino e feminino na tentativa de gerar uma gravidez. Os principais métodos são

a Inseminação Intrauterina, a Fertilização in Vitro, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides e a Transferência Embrionária.

Portanto, as técnicas de reprodução assistida vêm para atender esses casais. Muito embora pareça assisti-los apenas fisicamente no tocante à sua capacidade reprodutiva, esse tipo de tratamento alberga a saúde desse casal no seu conceito mais abrangente, pois a infertilidade atinge as pessoas do ponto de vista físico, emocional, social e psicológico.

Além disso, tais técnicas de reprodução humana contribuem mais uma vez para vida social através de sua capacidade de diminuir a transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infectocontagiosas, genéticas, entre outras (BRASIL, Portaria nº 426/GM, 2005).

3 O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA RELAÇÃO COM REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A família é tida desde os primórdios como a célula mater da sociedade, assim já a tratava Rui Barbosa, e sua conformação vem sofrendo alterações ao longo do tempo, tal qual a própria sociedade, visto que são organismos sociais vivos e em constante reformulação.

Venosa (*apud* TRAVNIK, 2014) ensina que, “não pode o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula mater, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí por que a intervenção do Estado na família é fundamental”.

Nesse sentido, dada a imensurável relevância da família para a construção social, o Direito – em sua desejável evolução *pari passu* à sociedade – não só criou como alçou à condição de Princípio de Direito a proteção desse bem jurídico no país.

Destarte, nasceu o Princípio do Livre Planejamento Familiar em nosso arcabouço jurídico como forma de proteger um direito fundamental do ser humano – constituir livremente sua família.

Nesse passo, o artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm direito de contrair matrimônio e fundar uma família” (TRAVNIK, 2014).

Ademais, Silvia da Cunha Fernandes *apud* TRAVNIK (2014) menciona que:

No contexto jurídico mundial, reconhece-se plenamente o direito a procriação, como direito inerente à espécie humana. Neste sentido, a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1978 através de resolução da III Seção Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, disciplina o direito de fundar uma família, entre outros.

Nesta senda, veio o Princípio do Livre Planejamento Familiar a ser positivado na Carta Magna pátria, em seu artigo 226, §7 *in verbis*:

§ 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 sociais ou privadas.” (BRASIL, Constituição, 1988)

O referido princípio encontra respaldo, ainda, no artigo 1.565, § 2º do Código Civil, que veio a regulamentar esse direito fundamental, e assim preleciona:

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002).

Por fim, tal princípio veio a ser regulamentado, especificamente, pela Lei nº 9.263/1996, que assegura a todo cidadão o livre planejamento familiar, isento de atitudes coercitivas - seja do Estado, da sociedade ou de quem quer que seja. Nesse sentido, a lei veio estabelecer limites e condições para o seu exercício na esfera da autonomia privada do indivíduo.

Nas palavras de Camila Gozzi (2019, p. 4), especialista em Direito de Família, o Livre Planejamento Familiar pode ser entendido como sendo um direito fundamental

que visa garantir a efetividade e o exercício de inúmeros outros direitos fundamentais – e, admitindo-se uma espécie de sopesamento entre estes, até mais basilares do que ele, como o direito à vida (da criança e da mãe), o direito à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2010, p. 1) afirma: “Um dos princípios basilares do estado democrático de direito é o da liberdade que, juntamente com o da isonomia, sustenta o direito maior de respeito à dignidade da pessoa humana, elementos básicos dos direitos humanos fundamentais”. E arremata aduzindo que: “Ao tratar da família a Carta Constitucional, além de a considerar a base da sociedade (art. 226), enfatiza o § 7º do mesmo artigo: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”.

Outrossim, não há que se falar em dignidade da pessoa humana se não houver respeito e segurança jurídica quanto aos direitos reprodutivos e de constituição familiar.

Assim, importa dizer que a dignidade da pessoa humana abarca um conjunto de direitos inatos à existência humana e que *per si* são indisponíveis e inalienáveis, visto que nas palavras de José Afonso da Silva (*apud* A DIGNIDADE..., 2008?, p. 20): “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Vale destacar ainda a definição jurídica de dignidade de Ingo Wolfgang Sarlet (*apud* A DIGNIDADE..., 2008 p. 20-21):

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Soma-se ao entendimento acima esposado o conceito de paternidade responsável que em uma palavra poderia ser bem resumido como sendo: responsabilidade, e deveria estar presente na consciência do casal, ou de uma só pessoa, que planeja ter um filho.

A responsabilidade não se inicia após o nascimento ou adoção de um filho, muito pelo contrário, ela deve ser um dos pilares da decisão de trazer uma criança à vida ou a ser parte de uma família. É preciso se despir de egoísmo ou puro romantismo ao planejar a concepção de uma vida, em respeito à própria vida que se está desejando.

Assim, o Princípio do Livre Planejamento Familiar, obviamente, não é absoluto, já que encontra limites (mesmo que no campo das ideias) no conceito de paternidade responsável, sendo, este, pedra fundamental daquele, pois precede-o.

4 DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA

O Princípio da Proteção Integral da Criança foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que declarou ser 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.

A Doutrina da Proteção Integral, como era chamada antes de ser alçada à condição de princípio, representou um avanço em termos de proteção aos direitos fundamentais, pois está alicerçada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo, também, como referência documentos internacionais, como Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 20 de novembro de 1959 e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de

1989, aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990 (FERREIRA, DOI, 2003, p. 2).

O normativo jurídico brasileiro, no que tange à proteção da criança é extenso e abrangente, e apresenta uma rede protetiva que engloba todas as esferas de poder que, aliadas à todas as instituições da sociedade civil, é capaz de promover, ao menos na teoria, a proteção integral das crianças.

Vale ressaltar o papel de destaque conferido à família dentro dessa rede protetora. À ela é feita referência em todos os instrumentos legais relacionados à criança, tendo papel maior de destaque o art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim se inicia: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade...”.

Neste norte, o Estatuto da Criança e do Adolescente - (BRASIL, 1990), também destaca a família em seu art. 4º, pois assim se inicia: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade...”.

O eminente jurista Dalmo Dallari, ao discorrer sobre o tema, apresenta suas considerações sobre a inclusão da família nesse rol de responsáveis diretos pela proteção integral e seu papel de relevo. Vejamos:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Por isso, é lógica e razoável a atribuição de responsabilidade à família. Esta é juridicamente responsável perante a criança e ao adolescente, mas, ao mesmo tempo, tem responsabilidade também perante a comunidade e a sociedade. Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente, bem como a todos os que se beneficiariam com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social (MENDES, 2006, p. 37).

Resta claro que a efetivação do Princípio da Proteção Integral da Criança está diretamente relacionada à estruturação familiar, e não haveria de ser diferente. Visto

que, esta é a base estrutural de toda a sociedade desde a antiguidade. Impossível pois pensar em construir uma nação sem antes contribuir para a manutenção de sua célula constitutiva mais importante – a família.

5 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA PRECÁRIA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

A normatização da reprodução humana assistida no Brasil vem sendo negligenciada até hoje pelo Estado, uma vez que não há, ainda, uma lei sequer em vigor regulamentando o tema. Essa inércia do Poder Legislativo vem deixando no limbo um assunto de extrema relevância social e que, pelo vácuo legal deixado, pode desencadear sérios problemas sociais – impactando diretamente na dignidade da pessoa humana, direito fundamental com alicerce constitucional.

Assim, importa dizer que o único normativo vigente no país é a Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina – CFM.

Ademais, tramita há mais de cinco anos na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 115/2015 – Estatuto da Reprodução Humana, que desde o ano passado encontra-se parado em uma das comissões. Dito isso, cumpre analisar o papel conferido à criança nesses normativos ou projetos.

O *caput* da Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2017), não faz referência alguma à criança. Preconiza apenas a defesa do aperfeiçoamento prático, objetivando mais segurança e eficácia nos tratamentos.

Os pontos centrais da referida resolução são pilares louváveis, contudo esperava-se ver alguma preocupação com a vida daquele que será o “produto” final de todo o processo. Constata-se que um dos seus parágrafos³ limita, regra geral, a idade de cinquenta anos para que a mulher possa se submeter às técnicas de reprodução assistida.

³ 3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

§ 1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

Contudo, o limitador etário traçado na resolução não é um critério fechado e absoluto. Já que, no parágrafo seguinte⁴ são previstas exceções ao limite de idade de cinquenta anos a serem aceitas, desde que baseadas em critérios técnicos e científicos e fundamentadas pelo médico responsável. Ou seja, um parágrafo impõe um limite ético, cria uma barreira científica e necessária, veja-se assim, e o outro, logo em seguida, torna a norma aberta e completamente subjetiva nesse sentido, pois fica à critério único e exclusivo do médico efetivar o tratamento almejado pela paciente.

Vale ressaltar, ainda, que as exceções previstas na norma se restringem a resguardar apenas a segurança da mulher, em nenhum momento se faz uma menção à vida a ser gerada. Enfatiza, por conseguinte, o respeito à autonomia da paciente, ou seja, à criança não foi sequer dado um papel coadjuvante.

Por sua vez, o Estatuto da Reprodução, supracitado projeto de lei, em seu art. 7º, V, traz como um dos princípios lastreadores da lei o “superior interesse do menor” e mais nada. Não há uma preocupação clara e efetiva com os limites éticos e morais da ciência frente a defesa dos interesses maiores da criança (BRASIL, 2015).

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou a chamada Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, prevista no art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1990). Todavia, até mesmo esse importantíssimo instrumento normativo não foi capaz de esgotar o tema “proteção à criança”. Sendo assim, não previu a problemática envolvendo crianças nascidas fruto de técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Neste passo, a Lei nº 9.263/1996, (BRASIL, 1996) que trata do planejamento familiar, também não se preocupou com a reprodução assistida, e tão pouco com os direitos da criança.

O que se vê, sem sombra de dúvidas, em todo o ordenamento jurídico relacionado, direta ou indiretamente, ao planejamento familiar é a preocupação maior com o desejo dos adultos em como e quando procriar em detrimento dos interesses da criança. Ao passo que esta deveria ter sua primazia respeitada.

⁴ § 2º As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.

O cenário que se apresenta no país é preocupante, urge um empenho maior dos poderes constituídos e da sociedade civil organizada objetivando uma maior regulamentação da reprodução humana assistida no país, com foco principal na dignidade da pessoa humana ainda não concebida – a criança fruto de técnicas de Reprodução Humana Assistida.

6 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA BRASILEIRA EM NÚMEROS

Segundo dados inéditos publicados em 2019 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a reprodução humana assistida cresceu 18,7% em 2018, na quantidade de procedimentos, em comparação ao ano de 2017. Os números reafirmam o crescimento apontado pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida no ano anterior, e consolidam o Brasil como líder sul-americano no ranking da reprodução assistida (BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2019).

Nesse passo, profissionais do setor comemoram o constante crescimento dos números de procedimentos realizados e creditam o fato ao maior conhecimento, por parte da população, das técnicas de Reprodução Humana Assistida e suas inúmeras possibilidades, e à evolução na legislação familiar – ampliando o conceito de família, que veio para romper barreiras e considerar todos os tipos de arranjo como família no direito brasileiro.

Nesse sentido seguiu o Conselho Federal de Medicina, ao editar a Resolução nº 2.168/2017 (BRASIL, 2017), estendendo aos casais homoafetivos e até mesmo às entidades monoparentais o acesso às técnicas de reprodução assistida.

Seguindo o foco deste trabalho, cumpre analisar a crescente procura pelas clínicas de reprodução assistida no Brasil por casais ou mulheres em idade avançada. Adotou-se, neste trabalho, como critério de idade avançada o preconizado pelo Conselho Federal de Medicina – cinquenta anos de idade (BRASIL, Resolução nº 2.168, 2017).

De acordo com o ginecologista Adelino Amaral, ex-presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, hoje é cada vez mais frequente a realização de

fertilização *in vitro* em mulheres mais maduras. É uma nova tendência entre aquelas que querem evitar obstáculos à sua permanência no mercado de trabalho: postergar esses tratamentos, deixando para engravidar mais tarde (REVISTA CRESCER, 2020).

Corroborando essa afirmação, pesquisa feita em 2016 pela mesma instituição mostrou uma mudança no perfil das pacientes. No ano 2000, mulheres com idade abaixo de 34 anos eram responsáveis por realizar metade dos tratamentos. Em 2016, o percentual caiu para 28%. Nesse mesmo período, a demanda pelo tratamento duplicou entre as mulheres acima de 40 anos. O percentual, que era de 14,9%, atingiu, em 2016, 31%, e segue crescendo (REVISTA CRESCER, 2020).

Verifica-se, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que o número de nascidos vivos no país gestados por mulheres acima de cinquenta anos é de 1.468 (BRASIL, IBGE, 2018), o que representa 0,05% dos nascidos vivos no ano. Frise-se que, o número, ainda pequeno, não pode servir de escusa para a pouca discussão acerca do tema e nem tão pouco para a inércia estatal em regular a questão – haja vista sua importância.

7 REFLEXÕES ACERCA DA COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR FACE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA

Considerando a questão central aqui apresentada e dada a sua complexidade, é de extrema relevância que se tenham reflexões acerca do conflito principiológico em tela: o Princípio do Livre Planejamento Familiar frente ao Princípio da Proteção Integral da Criança.

Havendo um confronto entre princípios caberá ao Estado-Juiz decidir qual dos dois deverá prevalecer, e neste caso apresenta-se claramente, face a todo o exposto, um lado hipossuficiente - a criança. Esta vida que ainda nem gerada foi, mas que, neste caso específico, já necessita de proteção estatal, haja vista sua excepcionalidade.

Diferentemente do conflito entre regras, onde não há espaço para uma gradação e pelo qual uma delas poderá até mesmo ser declarada inválida, visto que esse conflito ocorre no plano da validade, o conflito principiológico, por sua vez, dada sua complexidade deve caminhar para uma solução parcimoniosa e com resultado harmonioso, em um ambiente de coexistência, com a prevalência de um deles mas sem a supressão da importância ou a validade do outro.

Por essa razão, faz-se necessário apontar de forma precisa, mesmo que resumidamente, a diferenciação conceitual existente entre regras de direito e princípios.

Canotilho (2000, p. 1124-1125 *apud* OLIVEIRA, MALINOWSKI, 2013) traz alguns critérios que permitem diferenciar os princípios das regras:

Grau de abstração: **os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevados**; diversamente, as regras possuem abstração relativamente reduzida. - Grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto: **os princípios (vagos e indeterminados) carecem de mediações concretizadoras**; já as regras são suscetíveis de aplicação direta. - Caráter de fundamentabilidade: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes.

Ainda de acordo com Canotilho (2000, p. 1125 *apud* OLIVEIRA, MALINOWSKI, 2013), afirma-se que a convivência dos princípios é conflitual e das regras, é antinômica, corolário disso é que os princípios coexistem, enquanto as regras se excluem. Os princípios permitem balanceamento de valores e interesses, já as regras, se valem, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. De modo que os princípios suscitam problemas de validade e peso, por seu turno, as regras suscitam apenas questões de validade.

A partir do entendimento acima esposado, de acordo com Borges (2003, p. 82 *apud* OLIVEIRA, MALINOWSKI, 2013), quando ocorre uma colisão de regras, uma deve ser declarada inválida, ou, havendo uma cláusula de exceção, deve-se acomodar, de acordo com esta, as regras conflitantes. Utiliza-se aqui, critérios tradicionais, tais como o hierárquico, cronológico e o da especialidade.

Por sua vez, um conflito principiológico é solucionado de forma distinta. Quando dois princípios entram em rota de colisão, um deles tem que ceder perante o outro. Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um princípio. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio. Por isso essa colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. Sendo assim, é necessário considerar as variáveis presentes no caso concreto para atribuir pesos a cada direito e avaliar qual deverá prevalecer (GORZONI, p. 93, 2009).

Tecendo comentários acerca da matéria, o eminente Ministro Alexandre de Moraes (2003, p. 61 *apud* MAIA, 2012) preleciona: “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade)”.

No mesmo sentido, outro ministro da Corte Constitucional brasileira, Luís Roberto Barroso (2009, p. 329 *apud* MAIA, 2012) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Partindo dessa concepção e em face a todo o exposto, o operador do direito precisa de um instrumento hábil a guiá-lo a uma decisão fundamentada, como reza a Constituição Federal.

É por esta razão que, segundo os ensinamentos de Alexy (2008, p. 09 *apud* OLIVEIRA, MALINOWSKI, 2013) ao se deparar com uma colisão de princípios, pelo fato de não haver hierarquia, o julgador deve buscar meios de resolução, tais como a ponderação de princípios proposta por ele. De acordo com sua teoria devem ser aplicados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade a fim de que um princípio seja resguardado em detrimento de outro.

De acordo com Lenza (2008, p. 75 *apud* OLIVEIRA, MALINOWSKI, 2013) os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, em essência, “consustanciam uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”.

Apesar dos diversos embates doutrinários, é preciso que se racionalize a questão, em prol da salvaguarda dos direitos da criança, e não se romantize uma demanda desse quilate, para simplesmente atender ao desejo de um casal ou uma mulher de ter filhos.

Direito este, no caso da mulher, inerente à sua própria existência e fonte da vida humana, mas que, como tantos outros, precisa de balizas éticas e morais quando foge à esfera da naturalidade, pois trata-se aqui de uma concepção artificial e possibilitada, única e exclusivamente, por técnicas de reprodução assistida.

Os recursos médicos, tecnológicos e científicos já têm, há um bom tempo, permitido que mulheres com mais de cinquenta, sessenta e até mesmo de setenta anos deem à luz, mas qual o limite ético desses procedimentos de reprodução humana assistida?

Nesse norte, Maria Helena Diniz *apud* TRAVNIK (2014) questiona: “Até onde as ciências da vida poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana e de outros direitos?”.

Se não há consenso na classe médica e faltam leis sobre a matéria mostra-se necessário que o Estado cumpra urgentemente seu papel e providencie o preenchimento dessa lacuna legal, objetivando resguardar os interesses da criança a ser gerada, haja vista a prioridade dos seus direitos em detrimento dos demais.

Sobre esse tema, é de se perceber que poucos são os profissionais médicos a se levantar abertamente contra essa prática, talvez com receio em confrontar o “politicamente correto”, mas nas palavras do ginecologista Carlos Alberto Petta, coordenador médico do Laboratório de Reprodução Humana do Hospital Sírio-Libanês, vê-se lastro para o que vem sendo discutido neste artigo: “Não há uma lei, mas existe o grande dilema ético. Não é só ter o filho, são várias questões. Por quanto tempo ela vai conseguir cuidar da criança? E se ela ficar doente? E o risco obstétrico que ela corre durante a gravidez?” (AGÊNCIA ESTADO, 2020).

Nesse sentido, é preciso que o casal ou a mulher em idade avançada seja chamado(a) a refletir sobre responsabilidade, pois o mandamento legal de paternidade responsável conflita claramente com a gravidez de uma mulher sexagenária, por exemplo.

Isto porque, mesmo sob o pálio de uma ordem constitucional que prima pelas liberdades e direitos individuais, firmada no respeito à dignidade da pessoa humana, e sobre a temática aqui debatida, estando vigente o Princípio do Livre Planejamento Familiar, é preciso que o Estado demarque essa fronteira entre a vontade de um casal ou de uma mãe em gerar uma vida e os direitos inalienáveis e insuperáveis da criança por eles pretendida. A própria Carta Magna assim o quis, que os direitos da criança fossem tratados com absoluta prioridade (art. 227) (BRASIL, 1988).

Nas sábias palavras da jurista e professora Valéria Silva Galdino Cardin, essa questão é mais bem compreendida:

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em um ambiente familiar com afeto necessário para um desenvolvimento físico, psíquico e sentimental adequado. **O bem-estar da criança deve estar acima de qualquer outro interesse, mesmo que esteja em conflito com os interesses de seus pais biológicos ou afetivos. Portanto, embora os direitos sexuais e reprodutivos sejam assegurados por meio de RA, a elaboração de uma lei que venha a discipliná-la deve ater-se ao princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança**, sendo vedada a prática de atos atentatórios à existência, às liberdades individuais e à inviolabilidade da pessoa humana (CARDIN, 2009, p. 16).

Assim, à luz da natureza, quando um idoso precisar cuidar de uma criança ou adolescente que seja por uma eventualidade ou circunstância da vida e não por uma decisão, já que essa poderia, ou até mesmo deveria, ser evitada em salvaguarda dos direitos da criança.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância dos avanços da medicina reprodutiva e a sua contribuição para a concretização de um dos maiores desejos do ser humano: gerar outra vida, procriar. Desejo este que muitas vezes não se realiza de forma natural, em função de problemas de saúde da mulher e até mesmo do homem.

Nesse sentido, a ciência, por meio das mais diversas técnicas de reprodução humana assistida vêm não só para cooperar para a realização de um sonho, mas sim contribuir extraordinariamente para a construção daquela que é considerada a célula-mãe da sociedade: a família.

Contudo, o avanço científico, somado ao desejo de uma mulher em ser mãe ou de um casal em ter um filho, não pode de forma alguma se sobrepor aos interesses daquele que vai nascer.

Por esta razão, é preciso que se efetive, via produção legislativa, a proteção integral da criança também nessa seara, visto que a regulamentação da reprodução humana assistida no país está há décadas sendo feita, de forma precária, exclusivamente pelo Conselho Federal de Medicina, por meio de resoluções.

As referidas normas, de natureza deontológicas, não se prestam, ou não deveriam, a regular direitos fundamentais constitucionais como o Livre Planejamento Familiar e por via transversa interferir na Proteção Integral da Criança. A inércia estatal em legislar a respeito do tema vem provocando uma clara inversão de valores, no sentido mais amplo da palavra.

Não existe em todo o ordenamento jurídico nacional um direito sequer que seja absoluto, e por mais que o tema seja sensível, e esse é muito, é categórico que seja enfrentado e o Estado cumpra seu papel para harmonizar os anseios sociais de forma a equalizar suas constantes mutações com um dos seus principais preceitos constitucionais – a dignidade da pessoa humana. Em especial, mais uma vez, as crianças.

Incrivelmente não se vem discutindo no Brasil a questão trazida à baila e cerne deste trabalho. O direito da criança gerada por mulheres em idade avançada vem sendo negligenciado. A bem da verdade, sequer é discutido de forma a merecer destaque no meio jurídico ou médico, poucos são aqueles que se aventuram.

Frise-se, discute-se muito a autonomia privada, o livre planejamento familiar, o respeito a puros desejos humanos, por mais nobres que sejam, mas não se discute o futuro da criança concebida por mães com idade cronológica de avós.

Que futuro estará reservado a uma criança concebida por uma mulher sexagenária, por exemplo? Imagine-se que aos sessenta anos de idade uma mulher

dê à luz, seu filho aos quinze anos de idade terá uma mãe de setenta e cinco anos, além de um pai provavelmente na mesma faixa etária. Que condições ela ou eles terão de cuidar desse adolescente, dando a ele tudo aquilo que uma mãe e um pai gostariam e deveriam dar a um filho?! E isso poderia ser ainda mais grave se a maternidade fosse solo, na qual a criança concebida contaria apenas com a mãe.

E mais, não é somente uma questão de querer, os deveres e cuidados dos pais para com os filhos são obrigações previstas em lei. São questionamentos que precisam ser feitos sob o prisma da ordem constitucional, e não sob a égide do politicamente correto.

A maternidade em idade avançada põe em risco mãe e filho, isso é inegável. No caso da criança, vai desde os seus mais fundamentais direitos – à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à convivência familiar - até outros não menos importantes.

Diante disso, é preciso que o conflito principiológico ora apresentado saia do campo das ideias e passe a fazer parte das discussões ético-científicas do país, para que em um futuro próximo sejam capazes de ecoar pelo Congresso Nacional e seja possível ver nascer no Brasil uma legislação à altura dos direitos ora negligenciados.

Como dito anteriormente, é preciso que se estabeleçam limites éticos e morais, e por que não dizer humanitários à medicina reprodutiva. Esta nobre área da ciência, que vem prestando relevantes serviços à humanidade, não pode estar à mercê de puros anseios humanos. Cabe ao Estado essa regulamentação.

Face ao exposto, vale destacar, que o objetivo da discussão posta não é cercear o direito reprodutivo da mulher, muito pelo contrário, cuida-se de considerar o respeito à vida como prioridade, pois claramente é preceito superior o direito à vida digna de um ser à vontade individual de outro, consoante texto constitucional.

Por fim, o que deve prevalecer, sobre qualquer outro bem jurídico tutelado, é a proteção integral dos interesses da criança.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/10/26/interna_nacional,325741/casos-de-gravidez-aos-60-anos-reacende-debate-sobre-fertilizacao.shtml>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002 b.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em <<http://bvsmms.saude.gov.br/dicas-em-saude/151-infertilidade-feminina>>. Acesso em 26 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/orgaos/agencia-nacional-de-vigilancia-sanitaria>>. Acesso em: 7 de julho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <<https://saudebrasil.saude.gov.br/eu-que-ro-me-exercitar-mais/o-que-significa-ter-saude>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 115, de 03 de fevereiro de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>> Acesso em: 09 jul. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternalidade responsável na reprodução assistida**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.168/2017**. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Em nome do pai**. Porto Alegre, 01 de out. 2010. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 18 set. 2020.

DZIK, Artur et al. **Tratado de Reprodução Assistida**. 3 ed. ampl. e atual. São Paulo: Segmento Farma, 2014.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DOI, Cristina Teranise. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas**. 2003? Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/protecao_integral_ferreira.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

GORZONI, Paula. **Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 85, p. 273-279, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3302009000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de novembro de 2020.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de Direitos Fundamentais: uma visão do Supremo Tribunal Federal**. Portal Âmbito Jurídico, mar. 2012. Disponível em <www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente a Lei 8.069/90**. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, D. B. de; MALINOWSKI, C. E. **A aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na ponderação princípios constitucionais.** Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 16, n. 1, p. 113-126, jan./jun. 2013.

REVISTA CRESCER. Disponível em
<<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/noticia/2020/01/brasil-e-lider-de-reproducao-assistida-na-america-latina-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

SISTEMA Maxwell. Disponível em:
<https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/13488/13488_3.PDF>. Acesso em: 14 out. 2020.

TRAVNIK, Wieland Puntigam. **Reprodução Humana Assistida - Breves Aspectos Jurídicos e Legais.** Portal Jus Navigandi, nov. 2014. Disponível em:
<<https://jus.com.br/imprimir/34113/reproducao-humana-assistida-breves-aspectos-juridicos-e-legais>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.