

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A PROBLEMÁTICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Melina Paula Ruas Silva

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A PROBLEMÁTICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Melina Paula Ruas Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP

2017

A PROBLEMÁTICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato

Lais Bianca Paulino dos Santos Dolens

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Presidente Prudente, 10 de novembro de 2017

Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que
encontrares o Direito em conflito com a Justiça,
lute pela Justiça!

Eduardo Juan Couture

*Dedico este trabalho a minha família e a todos que contribuíram
direta ou indiretamente para minha formação acadêmica .*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu Deus, pois sem Ele eu não conseguiria ter chegado até aqui. Obrigada Senhor, pela sua companhia, por ter ouvido minhas preces e ter me ajudado a conquistar mais um sonho.

Agradeço também a toda a minha família, em especial o meu pai Paulo José da Silva, minha mãe Maria Genilda Ruas da Silva e meu irmão, Paulo Felipe Ruas Silva. Vocês são a minha base! Obrigada por nunca medirem esforços para me apoiar em tudo.

Ao meu noivo Bruno Martins, pelo carinho e paciência para comigo durante a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus ilustres professores, que desempenharam uma função essencial durante minha formação acadêmica. Em especial, a minha orientadora, professora, doutora e mestre Fabiana Junqueira Tamaoki Neves por ter empregado um papel crucial para que este trabalho fosse concluído.

Aos meus amigos acadêmicos, os quais partilhei alegrias, decepções, dúvidas, tristezas, conhecimentos, risos e conquistas. Levarei vocês no coração além das dependências universitárias.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram para que este trabalho fosse concluído.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo tratar de um dos avanços da ciência e da medicina, que são as técnicas de reproduções medicamente assistidas e analisar o conflito do direito a identidade genética e o direito ao sigilo do doador. Por muito tempo a infertilidade e a esterilidade foi fruto de decepção entre casais, e visando mudar este quadro, surgiram as referidas técnicas de reprodução, que apesar de beneficiarem muitas pessoas, ainda não são especificamente regulamentadas, o que acarreta conflitos e questionamentos a seu respeito. Um dos embates diz respeito ao direito dos envolvidos, na qual se trata de intimidade x identidade. De um lado temos a criança concebida, detentora do direito ao reconhecimento de sua identidade biológica. E de outro lado, o doador do material genético, detentor do direito de manter sua identidade em sigilo. Esta pesquisa irá analisar estas situações e propor um meio de solução de conflito, tendo em vista a ausência normativa em que somos submetidos. A inércia do legislador deixa claro que as modernidades científicas se expandem rapidamente, a passo que o Poder Legislativo não tem conseguido acompanhar. Entretanto, apesar desta lacuna normativa, o trabalho em comento irá abordar também os princípios constitucionais essenciais para a solução pacífica de futuros conflitos.

Palavras Chave: Dignidade humana. Reprodução assistida. Direitos. Princípios constitucionais. Anonimato. Identidade. Ética.

ABSTRACT

The present work of course completion is aimed at addressing one of the advances of science and medicine, which are techniques of medically assisted reproduction and analyze the conflict of the right to genetic identity and the right to secrecy of the donor. For a long time, infertility and sterility were the result of disappointment between couples, and in order to change this situation, these techniques of reproduction appeared, which, although benefiting many people, are not yet specifically regulated, which leads to conflicts and questions about them. One of the clashes concerns the right of those involved, in which it is about intimacy and identity. On the one hand we have the conceived child, who has the right to the recognition of his biological identity. And on the other hand, the donor of the genetic material, holder of the right to keep his identity confidential. This research will analyze these situations and propose a means of conflict resolution, considering the normative absence in which we are submitted. The inertia of the legislator makes it clear that scientific modernities expand rapidly, whereas the legislative branch has not been able to keep up. However, in spite of this normative gap, the work in question will also address the constitutional principles essential for the peaceful resolution of future conflicts.

Keywords: Human dignity. Assisted reproduction. Rights. Constitutional principles. Anonymity. Identity. Ethics.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	CAPÍTULO I	12
2.1.	DA BIOÉTICA AO BIODIREITO	12
2.2.	Conceito e Função da Bioética e do Biodireito	12
2.3.	Origem	14
2.4.	Distinção	15
2.5.	A Importância da Bioética para a Criação das Normas do Biodireito	16
2.6.	Princípios que Norteiam a Bioética e o Biodireito	17
2.7.	Os conflitos do Biodireito e as Normas Principiológicas da Constituição	19
2.8.	Direitos de Proteção ao Patrimônio Genético como Direitos de “Quarta Dimensão”?	23
2.9.	A Importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	24
3.	CAPÍTULO II	27
3.1.	TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	27
3.2.	Medicina e Esterilidade	27
3.3.	Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga	28
3.4.	Fertilização <i>in vitro</i> (<i>fiv</i>) e suas Complexidades	29
3.5.	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide	31
3.6.	Maternidade de Substituição	32
3.7.	Doação de Gametas	34
4.	CAPÍTULO III	36
4.1.	ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	36
4.2.	Questões Éticas e Jurídicas na Reprodução Humana Assistida Homóloga ...	36
4.2.1.	Fecundação artificial post mortem	36
4.3.	Questões Éticas e Jurídicas na Reprodução Humana Assistida Heteróloga ..	40
4.3.1.	Direito ao sigilo do doador	40
4.3.2.	O direito ao conhecimento de sua identidade genética	42
4.3.3.	Possibilidade de adoção pela pessoa do doador	43
4.4.	Princípios Aplicáveis para Dirimir Conflitos	46
4.5.	O Provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de Março de 2.016	47
	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

É notório que as relações humanas sempre se modificaram no decorrer da história da civilização, mas sem dúvida a sociedade contemporânea tem demonstrado um perfil revolucionário, sendo possível inclusive a procriação por meios diversos da relação sexual.

Levando em consideração o grande número de casais inférteis e estéreis, a ciência evoluiu com o intuito de proporcionar a fecundação por meios artificiais, ou seja, fecundações por intermédio de técnicas não naturais, e a ciência por sua vez, obteve sucesso.

As técnicas de reprodução humana assistida surgiram, e com elas a necessidade de se adequar os direitos e deveres dos envolvidos. A regulamentação de tal prática é de extrema importância, pois sua ausência resulta em conflito de direitos que não podem ser dirimidos, até que o legislador crie soluções cabíveis para solucioná-los.

No caso específico da reprodução assistida heteróloga, temos num primeiro momento o doador de gametas, que possui seu direito de identidade preservado, conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, que lhe assegura o anonimato. Em um segundo momento, temos o concebido por esta técnica, que pode vir a requerer uma investigação de paternidade, fazendo exercer o seu direito de identidade.

O presente trabalho buscou explicar estes embates, com alicerce em pesquisas bibliográficas, comparando os entendimentos de doutrinadores que serviram para fundamentar opiniões e conceitos referentes ao tema. Também foi utilizado legislações, tanto brasileiras quanto internacionais, resoluções, jurisprudência e internet. Utilizou-se ainda o método de abordagem dedutivo, passando pela análise das técnicas de reprodução assistidas mais utilizadas, e refletindo sobre seus aspectos jurídicos e éticos.

No primeiro capítulo, tratamos da bioética e do biodireito, que são estudos que visam auxiliar na regulamentação deste assunto. Analisamos seus conceitos, origens, a distinção entre os dois institutos e os princípios que os norteiam, colaborando para a efetivação da dignidade humana.

No segundo capítulo fez-se uma abordagem sobre a esterilidade e as técnicas de reprodução assistida propriamente ditas, analisando as técnicas mais

utilizadas, onde procuramos expor os métodos de realização de cada uma e suas respectivas peculiaridades.

No terceiro capítulo falamos sobre os aspectos jurídicos da reprodução assistida, aprofundando nos direitos dos envolvidos e sobre os efeitos causados em decorrência da reprodução humana assistida. Vimos que estes efeitos podem acarretar em conflitos, razão pela qual se fez necessário demonstrarmos os princípios aplicáveis para solucionar os mesmos. Concluimos falando sobre o provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 52 de 14 de março de 2016 e seus pontos positivos e negativos.

2. CAPÍTULO I

2.1. DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

As modernidades científicas que surgiram ao longo dos anos, por trazerem consigo tamanhas mudanças relacionadas a reprodução humana, se fez necessário também a criação de normas para regulamentação e proteção dos direitos envolvidos. A bioética e posteriormente o biodireito, aparecem em cena com a função de auxiliar na criação destas normas, visando sempre a integridade e dignidade humana.

O presente trabalho tratará deste assunto neste primeiro capítulo, onde serão expostos conceitos, origens e demais questões importantes relacionadas à bioética e biodireito.

2.2. Conceito e Função da Bioética e do Biodireito

O termo bioética (do grego: *bios*, vida + *ethos*, relativo à ética) é um estudo que abrange certas áreas do conhecimento, sendo elas Ciências Biológicas, Ciência da Saúde, Filosofia (no que tange a ética), e direito (Biodireito), na qual visa manter uma adequada harmonia entre estas matérias e em relação aos valores humanos fundamentais. A bioética também abrange questões onde não há um consenso moral, como é o caso da reprodução assistida, a responsabilidade dos cientistas e os efeitos destas aplicações no campo da saúde.

A ética estuda o dever que recai sobre a ação humana, ou seja, tenta solucionar problemas gerais, resultantes da conduta do homem, de uma forma teórica. E este estudo sobre a ação humana pode influir no comportamento moral das pessoas que, por sua vez, se demonstra numa dimensão íntima e pessoal, ou seja, no âmbito da consciência.

A bioética, como um dos ramos da Ética Geral pode ser conceituada como o estudo dos problemas criados pelos avanços médicos. Neste sentido, os avanços médicos são a conduta humana, que influenciam no campo ético da medicina e, portanto deve ser objeto de estudo para detectar os problemas bem como sua repercussão social, de modo que seja encontrada a mais cabível regulamentação. Em

outras palavras, a bioética é um campo interdisciplinar que aproxima diversas áreas do conhecimento, (filosófico, teólogo, sociológico, jurista, medicinal, biológico, psicológicos), contribuindo na explicação de como uma descoberta científica e seus resultados podem influenciar nos valores humanos fundamentais. Ela visa pensar melhor, estudar melhor alguma consequência causada pelos avanços científicos.

Segundo Olga Krell (2009, p. 28) no início, a bioética se preocupou com os estudos de problemas éticos gerados pelos avanços da biologia e da medicina, para atualmente se firmar como uma metodologia de confronto interdisciplinar entre ciências médicas e ciências humanas. As principais temáticas para o estudo da bioética são: genética, reprodução humana assistida, pesquisa biomédica, saúde pública, meio ambiente, códigos e juramentos de ética.

Em resumo, a bioética é o estudo da conduta humana no que tange a ciência da vida e a saúde, quando analisado juntamente com os valores e princípios morais. Mas, o que gerou este estudo? Qual o fator que gerou o nascimento da bioética? Segundo Eduardo Leite (1999, p. 148):

O que gerou o nascimento da bioética foi a necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas, sendo que “o desenvolvimento das tecnologias modernas aniquilou os consensos antigos, os ideais e as regras que animavam as condutas coletivas e individuais, as práticas profissionais.

O biodireito por sua vez, surge com a distinção entre moral e direito, e da constatação da necessidade de solucionar dilemas morais que surgem em decorrência dos avanços biotecnológicos e as lacunas existentes no direito objetivo. Devido a estas lacunas, muitos casos concretos foram parar nos tribunais, o que provocou questões de disputas e controvérsias, além de proporcionar a formação de um novo campo para a doutrina jurídica e jurisprudência, que é o surgimento do Biodireito.

É notório que nem tudo que envolve os avanços biotecnológicos deverão ser juridicizados, porque nem todos os aspectos que possuem relevância para o direito, que, portanto, deverão permanecer no campo da ética. Não se pode também deixar de reconhecer a relevância do biodireito que, sem desprezar a bioética, dela se distingue e ganha autonomia.

2.3. Origem

Os experimentos científicos sempre foram objeto de extrema importância, principalmente no que tangem avanços medicinais, a fim de se descobrir novos medicamentos e terapias experimentais. Todavia, juntamente com estes avanços, também se fez necessário a imposição de limites, de modo que não houvesse abusos por parte da ciência. Especialmente no século XX, notou-se que muitos destes experimentos eram realizados em seres humanos, então se concluiu que a ocorrência destes abusos deveria ser impedida, o que resultou em elaboração de normas, inclusive internacionais, para frear estas práticas. Houve então uma humanização dos avanços científicos onde se buscou estabelecer os de princípios éticos para reger estes progressos. A ciência sempre reconheceu que não poderia se desenvolver indo contra as questões morais relacionada aos valores da pessoa humana. A bioética surgiu justamente por esta razão, para agir como mediadora entre a ciência e a ética, visando proteger e promover a dignidade da pessoa humana e a saudável qualidade de vida.

Contudo, nem sempre o termo bioética teve o atual significado. O termo Bioética foi introduzido em 1971, pelo cancerologista Van Renssealer Potter, da Universidade de Wisconsin, e para ele, o objetivo da bioética deveria ser o de auxiliar a civilização humana a racionalizar o processo evolutivo dos nexos da biologia e da cultura, possuindo uma finalidade moral-pedagógica. Posteriormente, com os avanços da biotecnologia, a exigência de uma postura ética, não só com a pessoa envolvida, mas com a sociedade num todo, fez com que este termo alterasse seu sentido. Neste contexto, a bioética representava a tentativa de se estabelecer uma ética tecnológica, norteadas de princípios práticos que não causasse uma negativa por parte da sociedade, o que resultaria inclusive no atraso dos avanços, além de gerar efeitos danosos na sociedade em decorrência das pesquisas ilimitadas e abusivas.

Este foi um período histórico de acontecimentos relacionados a movimentação social, que questionava a transparência e responsabilidade do Estado nas relações entre médico e paciente. Sendo assim a bioética estava associada a duas dimensões. De um lado, a necessidade de rever a ética na ciência tradicional, e de outro, a necessidade de adequar a ética aos avanços científicos de modo a melhorar a qualidade e expectativa de vida. E foi com essas questões que a bioética surgiu nos países mais desenvolvidos; para tratar destes dilemas morais.

2.4. Distinção

Em se tratando de bioética e biodireito, não encontramos uma oposição entre ambos, mas sim uma relação de compatibilidade, já que o biodireito se pauta em determinados aspectos da bioética, devido à ausência de normas para regulamentar estes assuntos, o que resulta em conflitos. Estes aspectos deixam de ser objeto de preocupação apenas da bioética, e passam a ser tratados também pelo biodireito, onde poderá se valer de princípios e valores de modo que se adéquem a realidade jurídica da sociedade. Sendo assim, as relações entre os avanços das pesquisas tecnológicas e os valores morais, quando formalizados juridicamente, resultam na nova área do direito, que é o biodireito.

A bioética não é uma ciência autônoma, e sim uma ciência que trabalha atrelada com as ciências biológicas, visando analisar o lado ético de cada evolução não só da ciência, mas também das outras áreas que a recebem, como a antropologia, sociologia, filosofia, engenharia genética, direito, dentre outras. A biotecnologia é a que mais impulsiona a bioética para o seu crescimento. E esta expansão se dá devido às buscas pela melhoria de qualidade de vida, saúde, sobrevivência no planeta e também pelos inúmeros avanços na área da biomedicina. E em meio a estas constantes descobertas, encontramos as novas formas de fecundação, que é o objeto de estudo deste trabalho.

Por outro lado, o biodireito firma-se como estudo autônomo, na medida em que o legislativo é acionado para solucionar os problemas oriundos da bioética, dentre eles, as técnicas de reprodução humana assistida. É uma nova área do direito, que representa a extensão da bioética no campo jurídico. O professor Eduardo Oliveira Leite (1997, p. 08) fala sobre o vazio jurídico, admitindo a necessidade de leis sobre estas matérias e pondera que:

A lei é sempre invocada, porque as leis servem como meios face às finalidades que são os valores. O direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base a civilização. Logo, é possível afirmar que o direito representa um duplo papel importante: organizar as liberdades e educar a certos valores. E na medida em que a lei é educadora, ela tende a se aproximar da moral.

Diante disso, a bioética precisou ser conduzida para o ambiente jurídico, dotado de democracia, interdisciplinaridade e pluralismo, por tratar de interesses da

civilização atual e também das civilizações que estão por vir. Ao passo que a ciência avança, a lacuna presente no direito fica mais evidente, devido a sua rigidez.

2.5. A Importância da Bioética para a Criação das Normas do Biodireito

Internacionalmente, a passagem da bioética para o biodireito se materializa através de convenções, documentos internacionais firmados entre as nações, principalmente a Declaração Universal de Genoma Humano e dos Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê de Especialistas Governamentais da UNESCO.

No Brasil, encontramos uma passagem da bioética para o biodireito, que trata de um ramo do direito que abrange teoria, legislação e jurisprudências relacionadas a normas regulamentadoras da conduta humana após os avanços da biotecnologia e da medicina. Ramo no qual abrange o Direito da Reprodução Humana Assistida.

As soluções aos conflitos gerados pelos avanços científicos surgem gradativamente, através de leis especiais, e de acordo com o ordenamento vigente a qual devem integrar. Estas novas regras, codificadas ou não, são uma realidade em nosso país, em se tratando da legislação previdenciária, agrária, ambiental, consumerista, entre outras que também tiveram de ser adaptadas para uma melhor adequação social. Porém, independente do surgimento ou regulamentação de um biodireito, a bioética continua existindo.

Desse modo, é necessário que, ao advir futuras legislações brasileiras tratando de assuntos que hoje só são contemplados pela bioética, que estas normas se limitem no que já é consenso no âmbito científico-social sobre a matéria. Quanto aos assuntos que ainda são objeto de discussão científica, se o legislador o determinar de forma isolada, sem aguardar o consenso, haveria uma ineficácia, já que se trata de um saber isolado, apenas a luz do olhar jurídico.

Existem diversos setores da vida moderna com normas que ainda não foram internalizadas nem pela sociedade nem pelo âmbito jurídico. Mas no que tange as mudanças oriundas da Bioética, encontramos uma interferência grande no o sistema de valores da sociedade, ou seja, tudo o que provém da bioética e seus avanços implicam em alterações nos valores da sociedade. Desse modo, qualquer que seja o rumo tomado pelo legislador, esta deverá estar de acordo com o

crescimento científico e atendendo as suas necessidades, fornecendo técnicas adaptáveis às mudanças sociais.

Os dispositivos que temos hoje que tratam da reprodução assistida, estão contidos na Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.358/92. Mas não podemos afirmar que estes representam estado da bioética no Brasil. O objetivo do biodireito não é tão somente judicializar a bioética, mas também estabelecer normas jurídicas que venham reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, que também são disciplinados pela bioética. Isso também se deve ao fato de que não é razoável resolver os problemas jurídicos causados, apenas com fundamentos nos princípios da bioética.

Sendo assim, a reprodução humana assistida não está limitada apenas a proteger os direitos dos indivíduos envolvidos através de uma tutela legal, mas busca-se também trazer a geração acadêmica um debate analisando ocasiões futuras. E atualmente, temos apenas limites éticos impostos por determinado grupo de pessoas, destarte, surge aqui um espaço importante para que haja a intervenção reguladora do Direito.

2.6. Princípios que Norteiam a Bioética e o Biodireito

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 5º inciso IX, elenca como direito fundamental a liberdade da atividade científica. Tal liberdade, não é absoluta, devendo respeitar os demais princípios do ordenamento, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se sobressai para limitar esta liberdade científica.

Dos princípios que norteiam o tema em questão, encontramos o princípio da beneficência, ou não maleficência, princípio da autonomia e princípio da justiça.

Beneficência significa fazer o bem, tratar bem as pessoas e com dignidade. Beneficência – de *bônus facere* (do latim, “fazer o bem” ao paciente) – é o critério mais antigo em se tratando de ética médica, e o que mais foi tratado com primazia. A beneficência exige ainda que seus agentes se afastem do que pode causar prejuízo ao próximo, mas também adota deveres de agir sempre em prol do outro, promovendo seu bem-estar.

Porém este princípio começou a se mostrar insuficiente para resolver, sozinho, os dilemas morais, a partir do momento em que se questionou a autoridade

médica a respeito do que, de fato, representa “fazer o bem”. Como conceitua Vicente Barreto (1998, p. 33), o princípio da beneficência pode se transformar em paternalismo médico, gerando situações injustas, que foram objeto de críticas por volta dos anos sessenta. Então, devido a essa insuficiência e dos perigos que a aplicação deste princípio de forma isolada poderia trazer, reconheceu-se a existência de limites sobre: o que é bom para o paciente; não aceitação do paternalismo contido tradicionalmente na beneficência; aparecimento e desenvolvimento do critério da autonomia; novas perspectivas e preocupações com a justiça na área da saúde.

Em contrapartida, no que tange a insuficiência do princípio da beneficência, não se pode deixar de considerá-lo por este motivo, principalmente em virtude do sentimento de solidariedade que é característica essencial da pessoa humana, se tratando de uma moralidade de assistência social.

O surgimento do princípio da autonomia por sua vez, veio nos trazer a ideia de que o paciente tem autonomia para tomar suas próprias decisões. É a perspectiva do paciente como um sujeito independente, provido de autonomia, fazendo suas escolhas, opções e avaliações sem imposições ou influências externas. Este princípio também se insere no princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo a afirmação e convicção moral de que a liberdade de cada um faz jus a tutela e promoção.

A palavra autonomia, deriva do grego *autos* (eu) e *nomos* (lei), representando a capacidade que o ser humano tem de construir regras para si mesmo, com fundamento na razão. É o princípio mais moderno dos que norteiam a bioética, trazendo a ideia de que devem ser respeitados os valores morais, crenças e vontades de cada pessoa, dando ao paciente ou seu representante, a liberdade de escolha para optar a forma de tratamento que será submetido, onde o profissional deverá zelar pela intimidade do paciente, não o sujeitando a influências nem coação.

Esse princípio é fruto da ética médica resultante das forças sociopolíticas, especialmente relacionadas aos movimentos das décadas de 60 e 70, entre eles os repulsos às atrocidades da Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento da democracia, que reconheceram a insuficiência da beneficência.

E por último, temos o princípio da justiça, que também é relativamente recente. Ele visa assegurar a igualdade entre todos na distribuição dos serviços de saúde, realizando assim uma justiça social, que é indispensável para o bem-estar

social. Desta forma, todas as pessoas devem receber o mesmo tratamento, a despeito de suas diferenças, aparecendo assim a regra da privacidade.

No campo da bioética, este princípio estabelece que haja atenção, cautela e que todo o sistema de saúde seja justo, e ao mesmo tempo funcionais e eficientes, a fim de que seja assegurado a distribuição justa, equitativa e universal de todos os benefícios dos serviços de saúde.

Mais uma vez é importante ressaltar a consideração integrada dos três princípios, e não a observância exclusiva de apenas um deles.

2.7. Os conflitos do Biodireito e as Normas Principlológicas da Constituição

Sem dúvidas a Constituição Federal representa a norma mais importante do ordenamento jurídico, visto que ela serve como um ponto de partida para todas as demais normas, que formam determinado sistema jurídico, tanto formalmente como materialmente.

Dentre as funções da Magna Carta, temos as básicas, relacionadas a garantia de direitos dos indivíduos e dos grupos contra o poder estatal, através de rol de direitos fundamentais que constituem normas jurídicas “principlológicas”, que dedicam valores e estabelecem metas, fins e objetivos. Sendo elas as normas de direitos fundamentais a vida, saúde, dignidade, igualdade e a liberdade, que por sua vez devem constituir os princípios do biodireito, visto que são temas correlatos a biotecnologia.

E é justamente através destes princípios jurídicos que as funções interpretativas das normas deixam de ser positivistas e legalistas, passando a ser mais flexíveis e abertas, proporcionando assim uma leitura mais dinâmica do texto constitucional, tornando possível um diálogo mais acessível entre as mudanças sociais e as normas principlológicas. Exemplo disso são as técnicas de reprodução assistida, que é um avanço tecnológico que não possui tratamento expresso do assunto no texto constitucional, se fazendo necessária a solução jurídica para os conflitos através da interpretação flexível e aberta.

Sendo assim, de um lado nos pautaremos das técnicas de ponderação, para solucionar os conflitos de princípios constitucionais que surgem em razão das técnicas de reprodução assistida. De outro, admite-se o entendimento de que os princípios são um elo, que liga os aspectos técnicos das técnicas de reprodução

assistida à sua futura lei. Neste sentido os princípios estarão aproximando a ética do direito.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, levou a conhecimento uma nova espécie de direitos humanos, se tratando da biologia e do patrimônio genético, visando incorporar este assunto nas constituições nacionais. Essa declaração representa uma busca pela positivação do Biodireito, que envolve também as técnicas de reprodução assistida. As regras jurídicas devem estar em conformidade com os princípios e regras já existentes no referido documento, para que não haja conflitos.

Os avanços biotecnológicos podem se chocar com o tão importante princípio da dignidade, que está na esfera dos direitos fundamentais, e por sua vez são irrenunciáveis, intransmissíveis, e imprescritíveis, formando assim uma super tutela do patrimônio genético das pessoas envolvidas, em casos de situações que possam colocá-los em desvantagem, lesão ou ameaça de lesão, diante desses progressos científicos.

É evidente que uma premissa biológica mal aplicada conduzirá graves violações de direitos fundamentais, sendo as mais dolorosas as que diretamente atacam a inviolabilidade da vida do ser humano.

Para que haja um elo entre os princípios e os aspectos técnicos da reprodução assistida, é necessário que este elo seja dotado de harmonia, ou seja, um ponto de equilíbrio entre os direitos constitucionais, como por exemplo, a liberdade de pesquisa científica, e o direito à vida humana.

Essa liberdade de pesquisa científica, com relação ao tema em que estamos tratando, se desdobra no uso adequado das técnicas de reprodução assistida. Ela encontra suas restrições e limites na medida em que tem por meta a proteção dos direitos que são constitucionalmente protegidos, especialmente o direito fundamental a vida.

A iniciativa para tentar solucionar os conflitos de princípios devem partir do legislador, que é dotado de autorização para regular os conflitos entre o exercício de direito, cujo as respectivas esferas de proteção se mostrem colidentes, assim como nos casos em que não há regulamentação legal disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz fazê-lo.

Para solucionar as colisões de direitos fundamentais, o ideal é que o aplicador do direito analise de fato se houve colisão de direitos fundamentais, ou

apenas uma colisão aparente. Caso haja realmente uma colisão de direitos fundamentais, caberá ao aplicador do direito realizar a ponderação dos vários bens jurídicos envolvidos e visar sempre o mínimo de sacrifício dos direitos dos envolvidos. E com isso, o aplicador deverá se pautar nos princípios doutrinários da Unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização ou princípio da proporcionalidade, que falaremos ao final deste trabalho.

O progresso da ciência também acarreta em conflitos com certos valores da existência humana. Este conflito não representa um conflito apenas bioético, mas uma colisão de princípios constitucionais. Porém, artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988 nos assegura que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. E ainda, em seu artigo 218 traz:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

A livre ciência possui uma relevância social e também se torna um ponto de partida para o progresso em diversas áreas tecnológicas. Por isso esta expansão deve continuar, sem restrições, desde que não passe a ensejar colisões com direitos humanos e dignidade dos indivíduos.

O direito não pode impedir o progresso tecnológico, mas todo o percurso legislativo deve ser trilhado, com responsabilidade, prudência e bom senso. Com efeito, uma pesquisa científica - a qual já vimos ser livre por determinação constitucional - se desenvolvida tendo como objeto uma família, um grupo de famílias, uma população inteira, ou seja, um grupo humano identificado, que apresenta uma alta incidência de uma doença genética, tal pesquisa pode revelar que esse grupo tem altas probabilidades de desenvolver o alelo defeituoso de um gene. O resultado da pesquisa, no caso de divulgação, terá consequências imprescindíveis, tanto no relacionamento do próprio grupo familiar quanto no tratamento social de cada um dos membros do grupo, particularmente em situações como a definição ou não de um vínculo empregatício, ou rejeição de um determinado plano de saúde.

E assim percebemos a necessidade de uma garantia de privacidade para os resultados da pesquisa genética. A mesma situação se dá quando a prática consiste em descartar indivíduos com doenças genéticas, susceptíveis de adequado tratamento, tendo em vista terapias genéticas, essa prática deve ser rejeitada. Isso

porque não podem ser levadas em conta tão somente as características hereditárias. Mais uma vez, os resultados da pesquisa científica devem respeitar a dignidade humana.

Outro ponto a ser levantado, é no que tange ao direito a saúde. Tal direito está regulamentado na Constituição Federal, no artigo 5º, e recebendo tratamento especial como direito fundamental no artigo 6º, como “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”. Desta forma, deve ser considerada inconstitucional todas as normas que obrigam à realização de atos que possam causar riscos a vida ou causar problemas de saúde, anormalidades, ofendendo o direito à vida e a dignidade da pessoa.

No que tange as terapias genéticas, o objetivo destas é eliminar as imperfeições do genoma que ocasiona a doença genética, procurando que esta não se transmita. Se em um genoma existe um único par de genes determinado, e são colocados dois, ou se colocar um gene não correspondente, o indivíduo torna-se então “anormal”. Alguns questionamentos são levantados com essa possibilidade de efeitos colaterais negativos, pois ainda não é possível controlar todos os efeitos destas aplicações, e ainda, existe a possibilidade de grave atentado contra o direito de identidade genética, que por sua vez não é algo que está à disposição da natureza, mas sim a vontade de outros seres humanos.

Estas terapias, como qualquer outro tratamento, têm termos jurídicos constitucionais, devem ser pautados pelos princípios da dignidade e liberdade do ser humano. O consentimento do paciente outorga a constitucionalidade para pratica de uma terapia necessária para resolver o problema de saúde. Por isso, são inconstitucionais as práticas realizadas em pessoas que não podem expressar livremente a sua vontade, como os detentos e pessoas com deficiência mental.

Há outros pontos no ramo da biotecnologia que podem ser tratadas como inconstitucionais, como é o caso da prática de clonagem humana, que fere o princípio da dignidade da pessoa humana devido à utilização da pessoa como simples meio de armazenamento de material genético.

2.8. Direitos de Proteção ao Patrimônio Genético como Direitos de “Quarta Dimensão”?

As dimensões dos direitos fundamentais hoje se desdobram em direitos de primeira, segunda e terceira geração, e ainda existem doutrinadores que defendem a existência dos direitos de quarta e quinta dimensão.

Estas classificações são meramente acadêmicas, pois os seres humanos não podem ter seus direitos divididos desta forma, já que esta divisão só diz respeito a momentos históricos específicos.

Norberto Bobbio (1992, p. 06) afirma que:

Já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

É importante ressaltar que, o próprio Bobbio diz que embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas gerações, as suas funções continuam sendo as mesmas: impedir os malefícios de tais poderes (com relação aos poderes constituídos), ou obter seus benefícios. No que tange aos direitos do patrimônio genético não é diferente. O direito à identidade genética considerado um direito fundamental implícito no âmbito jurídico-constitucional brasileiro, esta atua, portanto, como cláusula de caráter geral que tutela as manifestações essenciais da personalidade humana.

As descobertas científicas proporcionaram, dentre vários outros avanços, o aumento na expectativa de vida do ser humano, uma vez que o homem criou mecanismos até mesmo para alterar o nascimento e a morte dos seus pares. Por conseguinte, a proteção à vida e ao patrimônio genético foi incluído na categoria dos direitos de quarta dimensão. Atualmente estes direitos referem-se à manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia, e envolvem discussões sobre vida e morte, dentro dos limites éticos.

O surgimento dos direitos humanos de quarta dimensão só se deu em decorrência das inovações tecnológicas que deram ensejo a problemas que, até então, não foram enfrentados pelo direito, como os relacionados ao campo da pesquisa com genoma humano, necessitando de estruturação de alguns limites e

regulamentos que norteassem o crescimento destas pesquisas, tal como a utilização de dados obtidas, visando com prioridade a preservação do patrimônio genético.

Um dos documentos que visa a regulamentação e proteção destas pesquisas, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, criada pela Assembleia Geral da UNESCO em 1997.

É necessário que estes direitos de quarta geração fossem consolidados de fato, haja vista que somente assim se estabeleceriam os fundamentos jurídicos para a realização das pesquisas científicas. A lei precisa assegurar que o princípio da dignidade esteja aliado as exigências legítimas dos avanços da ciência e proteção à saúde.

A Constituição Federal de 1988 privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito à vida. Mas no que tange a dignidade da pessoa humana, este se encontra em constante evolução, e por isso seu conceito não goza de muita precisão, visto que acompanha a modernidade e inclusive, abrangendo uma série de outros direitos protetivos, de forma a garantir o mínimo existencial para obtenção de uma vida de qualidade. Analisaremos a partir de então, a importância deste princípio.

2.9. A Importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade constitui como preceito ético essencial do direito. Ela dita o respeito que todo o ser humano merece, simplesmente por ser pessoa, e não uma “coisa” qualquer e, portanto, devendo este ser tratado com respeito e não como objeto de propriedade de alguém, independente de grupo social ou comunidade na qual o indivíduo esteja inserido.

A dignidade humana como dita a Constituição Federal no artigo 1º inciso III, é um valor supremo, que atrai conteúdo de todos os direitos fundamentais ser humano, desde o direito à vida até a morte. O direito à vida é o núcleo para os demais direitos humanos. Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou este princípio como um princípio explícito que assegura as exigências básicas do ser humano em suas várias dimensões.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa, segundo Edilson Farias (1996, p. 54) é considerado uma “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais” e como cláusula aberta, respaldando o surgimento de novos direitos não expressos na

Constituição, mas nela implícitos. Desta forma recorre-se que ao princípio da dignidade humana como critério interpretativo de todo ordenamento jurídico constitucional.

Neste sentido, o princípio da dignidade é responsável por vedar a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para fins antiéticos. Uma das práticas das técnicas científicas que confrontariam o princípio da dignidade humana seria a seleção de características humanas para a reprodução idêntica de código genético, que resultaria na clonagem de gametas humanos, evitando assim a chamada eugenia, que é a possibilidade de melhoramento da espécie humana tanto do ponto de vista físico como mental.

O princípio também é de suma importância para reger as futuras legislações, impedindo que as leis que vierem a ser criadas desrespeitem a dignidade humana, como por exemplo, se surgissem normas autorizando a comercialização de gametas, que na verdade devem ser entregues gratuitamente às clínicas de fertilização. Ou ainda, normas que viabilizem a comercialização de embriões mortos para a indústria de cosméticos. Caso a lei não barre determinados “negócios”, caberá ao Executivo ou Judiciário coibir estas práticas.

A lei da Biossegurança, nº 8.974/95 em seu artigo 13, inciso I, proibia a manipulação genética de células germinais humanas, restringindo inclusive as pesquisas nesse sentido. Contudo, esta lei foi revogada, e ela permitia a intervenção em material genético humano *in vivo*, para tratamentos de defeitos genéticos, que podem ser considerados “manipulação genética”. Um dos tipos das intervenções genéticas é a *somática*, que é a terapia genética que perfaz uma intervenção de genoma, que não é o da descendência, para terapia de doenças e não aprimoramento das características genéticas. Ao contrário desta, existem a modificação *germinal gênica* que consiste na manipulação do genoma humano com finalidade de sua alteração, sendo esta duradoura e transmissível hereditariamente.

Outras terapias genéticas têm como objetivo a intervenção nos gametas humanos (seja espermatozoide ou óvulos), pré-embriões e até mesmo os próprios embriões e fetos humanos. No caso da produção de pré-embriões humanos com a finalidade de aproveitar as células tronco, que são destinadas para a produção de órgãos e tecidos humanos, ocorre uma violação do princípio da dignidade humana, pois acaba sendo uma criação de um embrião sem intenção alguma de que ele se

desenvolva, ou seja, é apenas para um aproveitamento, então não há intenção de que ele nasça. Estes tipos de terapias também são proibidos em nosso país.

Em suma, os experimentos destinados para fins terapêuticos, que visam o próprio bem do embrião, devem ser admitidos, tendo em vista que a intenção é zelar pela qualidade de vida do ser humano. Por outro lado, as pesquisas e intervenções, que não possuem este mesmo objetivo, ou ainda criação de pré-embriões para fins diversos como clonagem, etc. não devem ser admitidos, visando à aplicabilidade do essencial princípio da dignidade da pessoa humana.

3. CAPÍTULO II

3.1. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Este capítulo tem por objetivo demonstrar as técnicas de reprodução assistida mais comuns, que surgiram como uma alternativa para tratar de casos de infertilidade e esterilidade, visando atender especialmente casais afetados pela impossibilidade de conceber filhos de maneira natural, que até então eram consideradas incuráveis e sem tratamento.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha reconhecido outras formas de instituição familiar, como a adoção, prevista no artigo 227, parágrafo 6º, o desejo pela procriação ainda é bastante almejado quando o assunto é formação de família, não só por questões de realização pessoal, mas também como uma meta de felicidade a ser atingida.

As técnicas podem ser classificadas em métodos de baixa e de alta complexidade, como veremos a seguir.

3.2. Medicina e Esterilidade

Erroneamente, algumas pessoas utilizam o termo esterilidade e infertilidade indistintamente, ao se referir a incapacidade de reprodução.

A esterilidade, trata-se de incapacidade definitiva de gerar filhos. A definição de Estéril, segundo Léo Pessini (1997, p. 217):

Estéril se constitui o matrimônio ou casal que, depois de um ano de relacionamento sexual com uma frequência adequada e sem qualquer medida contraceptiva, não consegue a gravidez.

Sendo assim, existe uma disfunção dos órgãos reprodutores, que impossibilita a fecundação, mesmo com o relacionamento sexual ativo.

Ou seja, esta disfunção denota-se na incapacidade de gerar células sexuais, sendo óvulos para as mulheres e espermatozoides para os homens.

Em contrapartida, a infertilidade para Léo Pessini (1997, p. 83) trata-se da incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou do feto, equivalendo a hipofertilidade.

É a dificuldade para engravidar, ou seja, a chance existe, porém reduzida, por exemplo, mulheres com endometriose, ou homens com redução de espermatozoides na ejaculação. Enquanto na esterilidade esta chance é nula, pois ela se caracteriza pela constatação da incapacidade definitiva de gerar filhos, como mulheres com a obstrução das duas trompas da mulher ou homens que possuem a ausência de espermatozoides na ejaculação.

Em ambas as situações, as técnicas de reprodução humana assistida visam contribuir de alguma forma para que ocorra a gravidez, como veremos a seguir. Isso porque com o desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida, os casais que encontram estas dificuldades já se dispõem de variadas formas para resolverem o problema tanto dos homens quanto para as mulheres.

3.3. Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga

Por muito tempo, médicos e parteiras se ocupavam apenas em vigiar a gravidez, visto que a reprodução sempre se deu de forma natural, sem intervenções. Mas atualmente, estes profissionais podem desencadear a gravidez propriamente dita, substituindo a reprodução natural por outros meios artificiais, tais como a inseminação artificial.

Através deste procedimento, o cônjuge ou companheiro que não produzir espermatozoides, ou produzir em número inferior ao necessário para que haja a fertilização, este poderá se valer de espermatozoides doadores, através do banco de sêmen, e assim solucionar seu problema de infertilidade/esterilidade.

No que tange as mulheres, quando houver quaisquer anomalias que impeçam a fecundação, poderá utilizar a fertilização *in vitro*, onde ao invés do espermatozoide se encontrar com o sêmen na trompa, o encontro acontecerá no laboratório, através de um tubo ou em cultura laboratorial.

Se o problema da mulher for ausência de óvulos, esta também poderá recorrer a óvulos de doadoras, ocorrendo a fertilização *in vitro* pelo esperma do marido ou companheiro, onde posteriormente implantado no útero da mulher solicitante.

Quando a impossibilidade da mulher se der em decorrência de seu útero, esta poderá optar ainda pela mãe substituta, vulgarmente chamada de “barriga de aluguel”, concluindo que a inseminação pode ocorrer tanto no útero da futura mãe, quanto no útero da hospedeira.

Visto isso, passamos então a diferenciação da inseminação homóloga e heteróloga. A homóloga ocorre quando a introdução do sêmen do companheiro ou cônjuge é feita na futura mãe; quando o sêmen é de algum doador, estamos diante da heteróloga. Ou ainda, quando o sêmen é do varão, mais o útero é de uma hospedeira, também estamos diante de uma inseminação heteróloga.

De maneira sucinta, sempre que estivermos diante de uma técnica de reprodução por intermédio da inseminação, na qual ocorre intervenção de um terceiro, que não seja o próprio casal, como doador de espermatozoides ou empréstimo de útero, estamos diante da heteróloga. Por outro lado, sempre quando os envolvidos forem apenas e tão somente o casal, estamos diante de uma inseminação homóloga.

A inseminação artificial é um procedimento mais simples do que a fertilização *in vitro*, que veremos a seguir. Isso porque a inseminação consiste em diminuir o caminho do espermatozoide até o óvulo. Sendo assim o procedimento de fecundação ocorre dentro do corpo da mulher. Já a fertilização é mais complexa, pois é realizada totalmente em laboratório. Passaremos então a tratar de suas complexidades.

A inseminação é mais indicada nos casos de infertilidade, onde existe apenas uma dificuldade para procriar. A contrário da fertilização, que é indicada para casais estéreis, visto a impossibilidade de procriar.

3.4. Fertilização *in vitro* (fiv) e suas Complexidades

A Fertilização *in vitro* trata-se de uma técnica de reprodução humana assistida que é mais complexa. Neste procedimento, o encontro entre o óvulo e os espermatozoides ocorrem fora do corpo da mulher, e só posteriormente (um a cinco dias mais tarde), coloca-se no útero desta mesma mulher, o embrião obtido, para que haja o desenvolvimento deste. Ela é mais utilizada nos casais estéreis, na maioria das vezes em mulheres que possuam algum obstáculo que impeça o encontro de gametas.

O procedimento se dá em fases. A primeira delas é a estimulação ou indução da ovulação, por meio de drogas injetáveis para se controlar o ciclo, aplicando uma dose diária de estrogênio até o dia da laparoscopia, motivando assim o aumento do número de óvulos.

A segunda fase é a colheita destes óvulos, dentro do período determinado pelo médico para que não haja coleta de óvulos imaturos. Nesta fase também ocorre a colheita do sêmen.

A terceira fase é a manipulação dos gametas masculino e feminino, que entram em contato em uma placa com meio de cultura e são levados a uma incubadora. Horas depois são analisados e constatados se houve a fertilização.

Após a fertilização, os embriões continuam seu desenvolvimento por até cinco dias. Serão observados a ocorrência da divisão celular dos pré-embriões, onde somente os mais saudáveis serão transferidos para o útero da receptora. Estes embriões saudáveis não podem ser superiores a quatro. Isto porque, caso seja acima deste valor, a saúde da mãe pode estar comprometida, razão onde poderá ocorrer a multiparidade. Neste sentido, a Resolução 1.358/92 inciso I, tópico 06 dispõe:

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

Não obstante, é sabido que a gravidez múltipla pode acarretar problemas como índices de morbidade e afetações no sistema neurológico por nascimentos prematuros. Contudo, não seria este o único problema a se preocupar. Neste ápice, qual seria a destinação dos embriões excedentes, já que o limite estabelecido seriam apenas quatro?

A mesma resolução regulamenta que estes não poderão ser descartados nem destruídos. No caso do Brasil, a solução encontrada foi disponibilizar os embriões congelados há mais de três anos para as pesquisas de células-tronco. Mas para isso, é imprescindível a autorização de seus titulares. Assim dispõe o artigo 5º da lei 11.105/2005:

Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – Sejam embriões inviáveis; ou

II – Sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Entretanto, isso soluciona apenas parcialmente a questão. O inciso I deste mesmo artigo, prevê a utilização de “embriões inviáveis”, para que sejam realizadas as pesquisas. Surge então a questão, como distinguir os embriões viáveis e inviáveis? Ou ainda, quais seriam os órgãos fiscalizadores para categorizá-los como tal?

O referido dispositivo dá ensejo a arbitrariedade de clínicas, que podem se utilizar desta lacuna para deixar de lado a ética, comprometendo assim os direitos personalíssimos, reduzindo os embriões ou materiais genéticos a meras mercadorias.

Por todos estes motivos, e, não havendo possibilidade de proibir a utilização desta técnica, a mesma deve ser empregada com muita cautela, o que não exclui a necessidade de uma regulamentação legal e específica, estabelecendo limites e contribuindo para a coerência de seu uso.

3.5. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide

Aperfeiçoada na Bélgica, a referida técnica veio para suprir a hipofertilidade masculina, que não poderia ser solucionada com a fertilização *in vitro*. Sendo assim, a injeção intracitoplasmática veio para as situações onde há problemas com o número, a mortalidade ou a forma do espermatozoide, ou ainda para casos de dificuldade na ejaculação.

São utilizadas técnicas para obter o espermatozoide através de uma aspiração do epidídimo ou do testículo, procedimentos com anestesia local e que não geram desconfortos. As fases desta técnica apresentam as mesmas fases que a

fertilização, podendo até ser considerada como um desdobramento avançado desta, com características próprias.

Para que ocorra a fecundação, os óvulos não são colocados junto com os espermatozoides em uma placa em meio de cultura como ocorre na fertilização. O espermatozoide ejaculado obtido por meio do procedimento cirúrgico ou congelado, é separado do sêmen, imobilizando apenas um espermatozoide, sendo este o melhor, em um tubo de ensaio. Após imobilizado, rompe-se a membrana, aspira-se uma quantidade do citoplasma que compõe o óvulo e, através de uma injeção, o espermatozoide é inserido no óvulo, dando-se um período de descanso de 18 horas.

As preocupações desta técnica são a remoção do citoplasma e a manipulação do espermatozoide, que pode causar problema ao futuro recém-nascido. As técnicas aplicadas não anulam a chance de ocorrer um aborto, ou de um bebê com malformação. Contudo, a probabilidade de sucesso destas técnicas vem aumentando periodicamente.

3.6. Maternidade de Substituição

A maternidade de substituição não se trata exatamente de uma técnica de reprodução assistida. Todavia, trata-se de uma prática que possibilita a procriação, sendo possível para sua realização, quaisquer uma das técnicas anteriormente abordadas.

Consiste na cessão temporária do útero, ou sub-rogação do útero, popularmente chamada de “barriga de aluguel”, onde uma terceira pessoa assegura o estado de gestação quando o útero da interessada não possui condições para o desenvolvimento normal do embrião.

Nesta modalidade, podem ocorrer duas situações, sendo elas a possibilidade de sobrevir a chamada mãe portadora ou a chamada mãe de substituição. Primeiramente pode ocorrer o fato de que a mulher que ficará gestante não seja a mesma que doou o óvulo, sendo assim haverá somente o empréstimo do útero, no qual se reimplantam um ou vários embriões obtidos por meio da fertilização *in vitro*, a partir do óvulo e do espermatozoide do casal solicitante. Então neste caso ter-se-á a mãe portadora.

Por outro lado, se neste cenário a mãe solicitante não puder oferecer o óvulo, estamos diante da mãe de substituição, no qual a mulher alheia ao casal, além

do útero, cede também o seu óvulo, em que será inseminado o esperma do marido ou companheiro da mulher que não pode conceber.

A mãe de substituição, engravidando nestas condições, será geneticamente mãe da criança. Todavia, após o nascimento se compromete a entregar a criança ao casal.

Em nosso país, não temos legislação específica para tratar deste tipo de prática. Porém o direito não pode ficar paralisado em meio a tantos progressos biotecnológicos. O que dá o embasamento para a maternidade de substituição é a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que no sétimo capítulo busca regulamentar alguns requisitos sobre esta gestação:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Assim sendo, é possível notar que o objetivo da Resolução é estabelecer requisitos para que a reprodução humana assistida continue em constante avanço, respeitando os limites éticos e morais estabelecidos.

Contudo, tal assunto ainda é questão de polêmicas em nosso país, visto que a resolução não supre todos os dilemas que podem surgir com a prática da maternidade de substituição. Isso porque trata-se de uma resolução, que não possui força de lei, e em decorrência disto, a sua utilização é aplicada como um dispositivo de proteção ética aos profissionais que atuam na área da medicina, não sendo esse o remédio legislativo mais apropriado para suprir as necessidades dos cidadãos. E por estas razões, os problemas surgem, como por exemplo quando a criança recém-nascida é arrancada dos braços da mãe portadora, que a carregou por nove meses, criando laços maternos, ou quando clandestinamente a portadora resolve cobrar pelo serviço prestado. Há também quem defenda que optar pela adoção seria a maneira mais viável e menos trabalhosa.

3.7. Doação de Gametas

O uso do próprio corpo e os direitos a ele relacionados, como direito de personalidade, apesar de serem direitos disponíveis, sofrem limitações impostas pelas condições de ordem pública. Uma destas limitações é o direito à vida e a integridade física, que regulam a utilização do corpo de modo que não venha comprometer estas garantias. Assim sendo, as pessoas não podem se dispor do seu corpo de qualquer maneira, pois devem ser observados estes preceitos.

Com relação as técnicas modernas de reprodução, o uso do corpo pode contribuir para a gestão do embrião, que é formado artificialmente quando algum dos companheiros, seja o homem ou a mulher, tenha problemas que impossibilitam esta reprodução, ou ainda o uso de um corpo alheio no caso da cessão uterina, que vimos no tópico anterior.

A Magna Carta, em seu artigo 199, parágrafo 4º veda qualquer tipo de comercialização, e a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina reconhece a licitude e a validade da doação dos gametas, desde que não possua caráter lucrativo.

A coleta do óvulo para doação é bem mais complexa do que a coleta de espermatozoides, uma vez que a doadora está sujeita a todos os riscos e complicações da fertilização in vitro. A questão do anonimato dos doadores de material genético é considerada a maior importância, e ao mesmo tempo, o que é mais difícil de se manter, pois, se tratando de doação de óvulos por exemplo, os pais que desejam ter filhos irão procurar a doadora, que será submetida a procedimento cirúrgico necessário para a coleta dos óvulos, o que pode ocasionar em uma quebra deste anonimato, que é tão zelado.

Contudo, para que haja a doação dentro dos limites éticos, deverão ser obedecidos como pressupostos condicionados, sendo eles o anonimato, a gratuidade e o sentimento eminente altruístico.

4. CAPITULO III

4.1. ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Neste capítulo iremos abordar as consequências éticas e jurídicas ocasionadas pelas modalidades de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga. Vale inicialmente pontuar que na reprodução homóloga, a genética do filho concebido é aquela herdada dos próprios pais, sendo assim, não existem preconceito nem mesmo preocupações com a questão biológica da criança, ou ainda conflitos de filiação.

Em contrapartida, na fertilização heteróloga surgem questionamentos muito maiores, no que tange a seus aspectos jurídicos, haja vista que no Brasil não existe legislação suficiente para a realização pacífica das técnicas medicamentosas de reprodução humana.

Um dos principais embates da reprodução humana artificial heteróloga é o direito do sigilo da identidade do doador, frente ao direito à identidade genética do concebido por esta técnica, pois advindo esta vedação, o segundo não terá direito à sua verdadeira origem, e este será objeto de explanação a partir deste capítulo.

4.2. Questões Éticas e Jurídicas na Reprodução Humana Assistida Homóloga

Neste tópico iremos abordar questões éticas e jurídicas oriundas da reprodução assistida homóloga, que, conforme já abordado, trata-se da modalidade de reprodução que se perfaz com o material genético do próprio casal envolvido, sem intervenção de material de terceiros. Apesar de reduzidos os conflitos em comparação com a modalidade heteróloga, ainda subsiste alguns pontos que a legislação deixa em aberto. Veremos a partir de então quais são estas questões.

4.2.1. Fecundação artificial post mortem

No que tange a inseminação artificial *post mortem*, trata-se de uma forma de reprodução assistida homóloga detentora de questões éticas e jurídicas a serem

respondidas. Seu procedimento ocorre através da colheita do sêmen do marido ou cônjuge ainda em vida, porém, sua utilização se dá somente após o seu falecimento. Nesta situação, ocorre o nascimento originado por fecundação artificial com sêmen ou embrião congelado e somente gestado após o falecimento do parceiro.

Determinada circunstância possibilita a preservação da fertilidade de um homem que corre risco de se tornar estéril diante de enfermidades graves, ou até mesmo correndo um sério risco de morte, em estado terminal. Pode-se argumentar ainda que é perfeitamente válida a vontade do marido de querer dar a sua esposa, mesmo depois de sua morte, a possibilidade de conceber filhos, através do esperma depositado e congelado durante sua vida. Por outro lado, a prática desta forma de reprodução desencadeia questionamentos que serão abrangidos neste momento.

A primeira pergunta é se o nascido através da inseminação com sêmen ou embrião congelado do marido ou companheiro após sua morte, poderá ser considerado filho, pois, assim sendo, qual seria a incidência deste método sobre a relação de paternidade e o direito do nascido a sucessão legítima?

O Código Civil elucida em seu artigo 1.597 inciso III e IV:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

A primeira indagação é respondida, por este artigo, onde o mesmo esclarece que também serão considerados filhos, os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, inclusive os nascidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários.

Todavia, tal dispositivo se mostra insatisfatório, uma vez que não regula nem autoriza claramente a prática da reprodução assistida nestas condições, o que resulta em um texto de lei aberto, que apenas a constata a possibilidade de ocorrer a fecundação *post mortem*, porém, não estabelece limitações nem regras visando assegurar preceitos éticos para embasar a prática no caso em concreto. Por exemplo, no tocante ao direito de sucessão, o filho concebido nestas condições teria direito à herança? Ou ainda, mesmo que se perdesse um longo período após a morte do pai biológico, ainda assim subsistiria o direito a hereditário?

Tal questionamento é objeto de muita discussão na doutrina. Dentre os diversos posicionamentos, existem três posições principais, onde a primeira delas entende ser totalmente vedada a inseminação *post mortem*. A segunda entende que a inseminação *post mortem* é possível, porém sem efeitos sucessórios. E a terceira entende ser possível tal inseminação sendo garantido também o direito a sucessão. Esta terceira corrente é subdividida pelos doutrinadores Eduardo de Oliveira Leite e Fábio Ulhôa Coelho em duas situações possíveis de se ocorrer: a) a do embrião concebido *in vitro*, porém tendo sua implantação posterior a morte do pai. b) a do embrião já formado a partir do sêmen preservado, depois do falecimento daquele que forneceu o material genético. Para estes autores a primeira hipótese possibilita o direito a sucessão hereditária, visto que já houve a concepção, enquanto a segunda não seria possível, haja vista que no momento do falecimento ainda não tinha ocorrido a concepção na abertura da sucessão.

Considerando a previsão legal nesse sentido, não seria possível a criança nascida desta forma ser considerada herdeiro pois, conforme disposto no Código Civil Brasileiro, artigo 1.798, só podem suceder por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, ou ao menos já concebidos neste tempo. O artigo 1.799 inciso I prevê ainda a possibilidade de suceder por testamento os nascituros ainda não concebidos, se a disposição do testador se referir a prole eventual de pessoas designadas por ele e existentes ao abrir-se a sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Assim sendo, o testador poderia se valer do benefício da prole eventual, em favor do futuro concebido, mas para isto, é necessário que haja a pré designação da indicação da pessoa que seria a mãe. Permaneceria, no entanto, a questão do tempo do nascimento para ser resolvida.

A permissão incondicional para fecundação daria ensejo para a possibilidade de mulheres viúvas perseguirem fins econômicos, querendo “fabricar” possíveis herdeiros do falecido. Esta e outras consequências resultantes desta prática nos fazem concluir que tais efeitos são mais negativos do que positivos para a prole, além de imprevisíveis e incertos. Não obstante, não se verifica grandes vantagens para o concebido nestas condições, visto que desde seu nascimento já será órfão.

É de se frisar que, não há regra expressamente prevista no Código Civil que solucione a questão do direito sucessório desse filho, porém, independente do que a futura lei vier a regulamentar, se a fecundação *post mortem* vier a ser aplicada, o filho gerado não deverá sofrer quaisquer discriminações nos seus direitos relacionados a sua filiação, em observância ao disposto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, onde há previsão que, as relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos devem ser absolutamente iguais, seja ela por origem natural ou artificial.

As questões advindas da reprodução assistida homóloga ainda não são respondidas por nosso ordenamento. Partindo-se de análises a legislações estrangeiras, denota-se que a complexidade que o assunto faz com que determinada prática de reprodução seja vedada em outros países, evitando assim conflitos futuros.

O projeto de lei português 135/VII não é adepto a fecundação *in vitro post mortem*, vedando a fecundação da mulher com o esperma do marido ou da pessoa com quem ela viva, ainda que haja consentimento, mas, caso esta venha ocorrer, a criança que vier a nascer é havida como filho do falecido. Também proíbem este tipo de reprodução a Lei Sueca de 1985, artigo 2º, a proposta de lei francesa de 1984 e a lei alemã da Proteção do Embrião, de 1990. Esta última pune com pena de prisão de até três anos ou multa todo aquele que fecunde conscientemente um óvulo com sêmen de um homem após a morte deste.

É percebido que a tendência da legislação estrangeira neste sentido é vedar a utilização desta técnica, e um dos argumentos mais frisados é o dever de assistência, não só financeira, mas também afetiva, psíquica e emocional aos filhos, que deve ser não apenas de um membro do casal, mas sim de ambos. Uma criança nascida e desenvolvida com pai e mãe vivos e por um motivo ou outro vem a perder algum deles, é algo diferente de uma criança que foi gerada intencionalmente sem a presença da figura paternal desta relação.

No ponto de vista ético, a inseminação homóloga em si não gera maiores questionamentos, pois é uma forma de reunir as células germinais femininas com a do companheiro, a fim de se possibilitar a fecundação. É inclusive uma indicação médica para casais impossibilitados de gerar filhos de maneira natural.

Alegações no sentido de que a inseminação configura em desvio do processo natural de relacionamento sexual, ou que a fertilização assistida implica na deterioração do relacionamento conjugal, não se justificam. O sentimento no qual o

casal é submetido, como os de frustração, impotência e angústia, por não conseguirem alcançar a fecundação por meios naturais, resultando na consequente ausência de filhos, estreitam os laços entre o casal, devido ao fato de que ambos lutam por um desejo comum, na tentativa de alcançar um objetivo maior, de ser pai ou mãe.

Sendo assim, mesmo diante da ausência de uma perfeita e estupeada previsão legal no ordenamento jurídico atual, a realização da referida prática em sua modalidade homóloga tem causado efeitos positivos, por trazer a sociedade uma possibilidade de realização pessoal, especificamente familiar, mas que não isenta o legislador do dever de estabelecer de modo mais específico as limitações e regramentos para se utilizar das fertilizações *in vitro*.

4.3. Questões Éticas e Jurídicas na Reprodução Humana Assistida Heteróloga

Os dilemas resultantes das técnicas de reprodução humana assistida na modalidade heteróloga encadeiam os maiores problemas no que tange a estas práticas. Isso porque o doador do material genético é um terceiro em relação ao casal que deseja a fecundação artificial.

Os conflitos são concernentes ao direito dos envolvidos, frente a ausência normativa no ordenamento jurídico brasileiro, que veremos a partir deste capítulo.

4.3.1. Direito ao sigilo do doador

Nas técnicas de reprodução assistida nas quais ocorre a doação de material genético por um terceiro, denominada reprodução heteróloga, os doadores de forma voluntária optam por ceder seu material genético para fins de concepção em casais com alguma dificuldade de gerar filhos naturalmente.

Não obstante, constata-se a ausência de regulamentação visando assegurar o direito ao sigilo do doador anônimo, o que pode resultar em insegurança jurídica. Nestas técnicas, pode haver doação de material genético tanto masculino quanto feminino, onde ambos devem ter seu direito de sigilo assegurados, ficando vedada a divulgação da identidade civil.

Isto decorre no momento da doação, em que o doador não possui interesse em manter vínculos familiares com a futura criança, nem a família beneficiada com a doação deseja a intervenção de um terceiro em seus vínculos.

Na prática, a doação de gametas se realiza de um ato voluntário, onde não há pretensão de se obter vantagens ou terem quaisquer ligações com a criança que nascerá.

Encontramos posições na doutrina favoráveis ao anonimato do doador, principalmente no que tange a possibilidade de vínculo jurídico paterno-filial. Eduardo Oliveira Leite (1995, pág. 145) defende o anonimato na seguinte maneira:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.

A proteção pretendida ao se tratar de direito ao anonimato abrange também a outra vertente. As medidas de proteção preservam não só o direito dos doadores, mas também da própria criança. Neste sentido, Gama (2003, p. 903), afirma que,

[...] os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

Em linhas gerais, as consequências que podem ser geradas caso haja esta quebra podem implicar para a criança, na dificuldade do relacionamento familiar e a integração com a família que recebeu a adoção.

Contudo, há de se ponderar que o direito ao reconhecimento a identidade genética está relacionado à pessoa, sendo assim, ele é personalíssimo e indisponível. Os pais, ao se valerem da fertilização heteróloga, não podem renunciar um direito de reconhecimento da identidade genética do filho que ainda não nasceu.

Quando uma pessoa nasce através desta modalidade de reprodução, a criança não pediu para ser concebida, sendo esta uma opção dos pais. Opção esta que é amparada pelo direito de instituir família, e também pela dignidade humana. Porém, o nascido não pôde contestar a condição que lhe foi imposta.

Deve-se a partir de então, permitir ao concebido, depois de adquirido seus direitos fundamentais, dar-lhe a opção de decidir o que melhor lhe favorece, ou seja, deixa-lo decidir fatores relevantes sobre sua própria vida, neste caso, o direito de conhecer sua origem, destituído dos demais direitos patrimoniais de filiação.

Vale ponderar que os direitos do nascido vão até onde inicia o direito do outro, ou seja, o anonimato do doador, visto que ter a filiação reconhecida não é o mesmo que ter a identidade genética reconhecida, pois a primeira faz alusão convivência, ao afeto, laços familiares, ao passo que a identidade genética deriva da identidade física e biológica da pessoa, como veremos a seguir.

4.3.2. O direito ao conhecimento de sua identidade genética

Apesar da ausência normativa, existem algumas ocasiões excepcionais em que este sigilo poderia ser quebrado. Levemos em conta as questões de doenças genéticas, nas quais possibilitam um certo risco a criança que há de vir. Neste sentido, Maria Cláudia Crespo Brauner (2008, pág. 88) menciona:

A identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa.

Nesta mesma linhagem, o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, pág. 803,804) entende que o anonimato das pessoas que participaram da reprodução assistida deve ser mantido, mas no que tange a reprodução heteróloga, o doutrinador elucida a questão de que nosso ordenamento jurídico privilegia o direito fundamental à identidade, privacidade e a intimidade, portanto, o nascido deve ter acesso a todas informações sobre a sua história, primordialmente em seu aspecto biológico, para o próprio resguardo de sua integridade física e psicológica, dando ensejo a proteção de doenças hereditárias. É importante frisar que o nascido seria o único titular de interesse para descobrir suas origens.

A resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, título IV, artigo 4, prevê algo neste sentido ao dizer que as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular

dos doadores, para que facilite ao concebido o acesso a sua identidade genética, porém, ficando vedada a divulgação da identidade civil, já que o gerado pela fertilização *in vitro* heteróloga não terá direito a filiação em relação aquele que doou seu material genético para a realização de técnica reprodutiva.

O direito à filiação é mais amplo do que o direito a identidade genética, mas nas reproduções heterólogas o que prevalece é o critério socioafetivo, ou seja, aquele que se forma a partir do convívio familiar, o carinho, atenção e cuidado existente entre pais e filhos. Por outro lado, o reconhecimento da identidade genética não se dá em razão da filiação, mais sim em relação ao sentido biológico da pessoa, sua genética e forma física.

Por fim, cabe analisarmos junto ao princípio da dignidade da pessoa humana se os direitos fundamentais estão sendo devidamente assegurados, e se está sendo preservado o cuidado necessário que a pessoa merece com ser humano, para que este não seja tratado como mero objeto de experimentos da ciência ou da invenção da medicina genética.

O conhecimento da verdade a respeito de sua própria origem biológica é direito fundamental, que integra o conjunto de direitos da personalidade. Em contrapartida, a recusa do doador em ter revelada sua identidade sob o argumento de que deve ser tutelada a sua intimidade deve prevalecer para todas as pessoas, inclusive para os pais do nascido (jurídicos), salvo em relação à pessoa concebida.

Para que isso seja efetivamente aplicado, faz-se necessário ainda que o legislador faça uma análise desta sobreposição de direitos que estamos tratando, estabelecendo legalmente qual deve prevalecer e seus limites, para que nenhum dos agentes envolvidos tenham suas esferas de direitos prejudicados, haja vista que até o momento, existem apenas resoluções, como a já mencionada, que estão sendo aplicadas indistintamente, pois o legislador brasileiro ainda não erigiu legislação satisfatória pertinente ao tema.

4.3.3. Possibilidade de adoção pela pessoa do doador

Outro efeito pessoal que verificamos no que tange a reprodução em sua modalidade heteróloga, se refere a permissão, ou vedação, da adoção da pessoa concebida com emprego de material fecundante (sêmen ou óvulo), pelo seu doador. Há de se questionar se, com base no artigo 42 §1º do Estatuto da Criança e do

Adolescente, se é possível considerar a proibição da adoção da pessoa concebida por meios artificiais heterólogos pela pessoa doadora do material genético.

O referido artigo expõe:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Surge então o questionamento: é vedado ou não ao doador a adoção da pessoa concebida através de seu material fecundante, diante a esta regra contida no ECA?

Da leitura literal do artigo, poderia se considerar a impossibilidade da adoção do doador relativamente à pessoa concebida, se nos pautarmos das condições de descendente e ascendente, sob o prisma biológico. Contudo, conforme será analisado, tal resposta não se mostra correta, conforme argumento expostos a seguir.

O primeiro argumento, conforme explana Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, pág. 898), consiste na própria literalidade do artigo 41 §1º do ECA, que diz que são proibidos de adotar seus irmãos e ascendentes, o que pressupõe vínculos jurídicos de parentesco.

A legislação em vigor, especificamente o artigo 1.591 do Código Civil, prevê que são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Sendo assim, nas linhas de parentesco, considera-se parentesco tanto a linha que sobe (ascendente), quando que desce (descendente).

Contudo, conforme já foi analisado no subtópico anterior, nunca houve estabelecimento de parentesco natural entre a pessoa do doador e a pessoa que foi concebida através da técnica de reprodução assistida heteróloga e, desde modo, não há que se falar em ascendente e descendente diante de ausência de parentesco entre eles. É possível conceitua-los apenas como genitor, quanto a pessoa do doador, e gerado, no que tange a pessoa concebida. Contudo, somente este argumento se mostra insuficiente para demonstrar a possibilidade de adoção pelo doador relativamente à pessoa que foi concebida com material por ele doado.

O segundo argumento se refere à *ratio legis* do preceito contido no Estatuto da Criança e Adolescente. Dois aspectos devem ser considerados na análise do texto previsto no artigo 42 §1º. O primeiro dele é que o dispositivo se refere a impossibilidade de o pai adotar seu filho – entende-se, decorrente de procriação carnal –, já que deveria tê-lo reconhecido. A segunda análise extraída do dispositivo é que existe a impossibilidade daquele que foi pai (jurídico) – e, ao mesmo tempo, genitor sob o prisma biológico – voltar a ser pai jurídico do adotado.

Nenhum destes dois aspectos estão se referindo a pessoa do doador, pois, o mesmo não pode ser considerado pai já que não houve relação sexual, tampouco vontade de sua parte em se tornar pai da criança concebida com auxílio da técnica de procriação assistida heteróloga. Assim sendo, o doador não pode nunca considerar a criança como sua filha, pois a situação em que o doador está envolvido não o estabelece como pai, por conseguinte, não pode ser reconhecido como ascendente do adotando, razão pela qual o artigo em tela não pode ser aplicado ao doador.

Outros argumentos ainda podem ser acrescentados. No caso da consanguinidade, relativamente a tal dispositivo não há efeitos negativos, já que o próprio artigo somente estabelece limitações aos ascendentes e colaterais em segundo grau do adotando, não sofrendo outros parentes naturais esta limitação.

Neste sentido, considerando que a adoção não visa estabelecer vínculos baseados na sexualidade, mas sim com base em relações de ascendentes e descendentes, a proibição não tem por fundamento a consanguinidade, e, portanto, a noção do parentesco natural. Esta regra do Estatuto foi pensada originariamente para evitar a adoção por avós, e quanto ao pai que deixou de ser pai jurídico, a regra apresenta uma espécie de sanção àquele que deveria ter reconhecido o filho e não reconheceu, ou foi destituído do pátrio poder.

Outro fundamento relevante é no que diz respeito aos aspectos da primeira adoção, na qual todos os vínculos anteriores foram desconstituídos, daí surge a impossibilidade daquele que já foi pai adotar novamente, visto que este já teve desconstituído seu parentesco.

Nenhuma destas hipóteses é aplicável ao doador, pois na procriação assistida heteróloga, o doador nunca teve a condição de pai do concebido, para o Direito. Sendo assim há de se concluir que esta vedação do artigo 42 não se aplica ao doador, sendo cabível a adoção nestas situações.

4.4. Princípios Aplicáveis para Dirimir Conflitos

A Constituição Federal Brasileira traz em sua essência os direitos dos cidadãos como norteadores para os conflitos existentes entre os homens, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A ausência legislativa regulamentadora das práticas de reprodução assistida, nos faz acatarmos princípios constitucionais e a Resolução do Conselho Federal de Medicina, a fim de se manter a ética entre os médicos e pacificar conflitos que podem sobrevir com a utilização destas práticas, visto que a sociedade é quem recebe os reflexos das técnicas.

Em um Estado Democrático, necessário se faz existir a dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. É o princípio máximo, que o torna a principal base do sistema vigente e o último pilar da defesa dos direitos individuais.

Ingo Wolfgang Sarlet, (2005, pág. 124) conceitua o princípio em questão como:

O reduto inatingível de cada indivíduo e, neste sentido, última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite inatingível pela dignidade humana.

Uma vez que o Estado possui poder para promover uma vida digna para todas as pessoas, o princípio da dignidade humana estabelece limites a sua atuação, de modo que o Estado não venha infringi-la com seus atos. A contrario sensu, este princípio impõe também limites nas relações entre os particulares, não permitindo comportamentos que violem a dignidade.

A garantia constitucional da dignidade humana é base de toda a bioética, e em decorrência disso, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador a qualquer legislação vindoura que vier a regulamentar efetivamente as técnicas de reprodução humana assistida, bem como a limitação da atuação do profissional e demais envolvidos, de modo que não sejam utilizadas para fins lucrativos ou para experimentações, desvirtuando a devida dignidade humana, assegurando que as pessoas sejam tratadas com qualidade e respeito.

Sendo assim, o princípio da dignidade humana possui um valor extremo, que atua como limitador em situações mais complexas, como no caso dos limites que devem existir em decorrência das práticas de reprodução assistida.

4.5. O Provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de março de 2016

Nas técnicas de reprodução medicamente assistidas, o procedimento para realização do registro da criança nascida era burocrático. Para que se conseguisse a lavratura do termo de nascimento do filho concebido, os interessados deviam procurar o Judiciário solicitando autorização judicial, o que ocasionava uma série de problemas, como por exemplo o atraso na documentação. Isso fazia com que muitas pessoas ingressassem com o pedido antes mesmo da criança vir a nascer.

Em Pernambuco, o Desembargador Jones Figueiredo já havia passado a ordem para que os cartórios do Estado lavrassem o registro de nascimento, mesmo sem autorização judicial. Mas isto não era previsto em nenhuma norma. Passou-se então a vigor o referido provimento, que trouxe algumas regulamentações importantes e polêmicas sobre este assunto.

O provimento dispensou autorização judicial para a emissão do registro de nascimento de filhos havidos através das técnicas de reprodução assistida, bastando apenas que os interessados compareçam munido a documentação necessária:

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.

É notório que houve uma nítida pretensão de facilitar o procedimento de registro daqueles concebidos através da reprodução medicamente assistida, incluindo nestas circunstâncias tanto o casal heteroafetivo quanto ao homoafetivo, reconhecendo a estes o direito de procriação.

Não obstante, o referido provimento adentrou ao mérito da questão do sigilo do doador, ao prever que na documentação necessária para o registro, deverá

ser apresentada declarações constando o nome do doador, como dispõe o artigo 2º do provimento:

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV;

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

§ 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV.

§ 3º Nas hipóteses de reprodução assistida post-mortem, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público.

Sendo assim, deve ser apresentado a declaração do diretor técnico da clínica ou do centro de reprodução humana, constando o nome da pessoa que doou o material genético, bem como o termo de consentimento desta, por instrumento público que deverá conter a autorização do registro da criança em nome de outrem, e, ainda, o termo de consentimento do cônjuge ou companheiro do doador. O artigo esclarece que apesar de garantir o reconhecimento biológico ao filho nascido por meios artificiais, isso não implica em formação de vínculos de parentesco com o doador.

O referido provimento não se compactua com a garantia do anonimato do doador, que é fundado no direito à intimidade, artigo 5º, inciso X da Constituição Federal e artigo 21 do Código Civil. Estas contradições podem acarretar em um retrocesso para as técnicas de reprodução medicamente assistidas heteróloga, pelo fato de constranger a pessoa que voluntariamente se propôs a realizar a doação do material genético.

Sendo assim, embora seja uma tentativa de evitar a judicialização e facilitar o procedimento de registro das crianças, possibilitando inclusive aos casais homoafetivos o direito a procriação, o provimento propiciou o comprometimento a intimidade dos doadores, visto que agora os mesmos possuem sua identidade revelada.

Além disso, a situação dos médicos também é delicada, visto que os mesmos são submetidos a Resolução do Conselho Federal de Medicina e o Código de Ética, que prevê normas opostas ao previsto no provimento.

CONCLUSÃO

As modernidades científicas avançam cada vez mais ao decorrer dos anos, isto é fato. Tais avanços geram mudanças de condutas no meio social, e devido a isso, cada vez mais surge a necessidade de que as normas de regulamentação se adequem e acompanhe tais modernidades, afim de que não tenhamos condutas modernizadas frente a um ordenamento jurídico arcaico.

Dentre esses avanços, vimos especificamente a questão da reprodução humana assistida, na qual além da adequação das condutas humanas, se faz necessário também a criação de normas para regulamentação e proteção dos direitos envolvidos.

A procura pelas técnicas de reprodução aumenta, especialmente por aqueles que são detentores de problemas de fertilidade e esterilidade, que até a alguns anos atrás eram consideradas doenças incuráveis e sem tratamento.

As técnicas mais utilizadas são as homólogas, onde se utilizam o material genético do próprio casal para a concepção do filho, sendo este gerado com a genética herdada dos pais. Entretanto, como vimos também pode ocorrer a reprodução heteróloga, que se utiliza do material genético de um doador anônimo.

O meio mais utilizado é a fertilização *in vitro*, onde a fecundação ocorre em laboratório, ou seja, fora do corpo da mulher, daí surgindo o nome *in vitro*. E para que esta ocorra, é necessário que as clínicas portem um banco de sêmen e óvulos.

Na reprodução homóloga, cujo a genética é herdada pelos próprios pais, não há maiores problemas, nem mesmo no que se refere a conflito de filiação. Por outro lado, na reprodução heteróloga surgem questionamentos a respeito da ética na sua aplicação e nas futuras consequências jurídicas, visto que no Brasil não há leis específicas que regulamentem a utilização das técnicas medicamentosas de reprodução humana.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.957 trata sobre estas práticas, porém com um enfoque maior à ética médica, não solucionando os conflitos jurídicos que podem advir a qualquer tempo, como por exemplo o principal embate da reprodução heteróloga, que é o direito do sigilo da identidade do doador em conflito com o direito de identidade genética do concebido, pois o segundo não teria direito a sua verdadeira origem.

O provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 52 de 14 de março de 2016, buscou evitar a judicialização do registro dos concebidos. Porém, ao adentrar no mérito do sigilo da identidade, causou uma polêmica ainda maior, comprometendo médicos e doadores, o que pode inviabilizar e burocratizar mais ainda as técnicas de reprodução assistidas.

Verifica-se então a ausência de tutela estatal, ficando claro o desinteresse do legislador neste sentido, para regulamentação destas técnicas, tendo-se em vista a sua grande aplicabilidade.

Em outro lado, apesar desta ausência normativa, é notório que as referidas técnicas resultam em benefícios para o casal ou até mesmo pessoas solteiras que sofrem com a impossibilidade de procriar, dando ensejo para a formação de uma família, ainda que de forma artificial.

Como ambos os direitos em conflito neste tema são fundamentais, e, não havendo hierarquia entre os mesmos, necessário se faz a aplicação do princípio da dignidade humana para ponderá-los e balanceá-los, indicando em cada caso em concreto qual deles irá prevalecer. Por exemplo, necessário se faz a revelação da identidade genética do concebido, para que haja preservação de sua saúde e manutenção de uma vida digna, e nesta ocasião prevalecerá o direito a identidade sob a intimidade do doador.

Ressaltando que, apesar de revelada a identidade genética, a identidade civil não será revelada em qualquer hipótese, pois não há em que se falar em direito a filiação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Ethica: cadernos acadêmicos, Rio de Janeiro, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

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

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**, vol.5. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo. SRS Editora. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo, Saraiva, 2002.

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

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos**.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito – Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais: Bioética e Biodireito**. Repensando o direito de Família. São Paulo. 1995

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense. 2003

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba. Juruá Editora. 2007.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução Assistida: até onde podemos chegar?** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo. Gaia Editora. 2000.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTINE, Christian de Paul. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: ed. Paulus, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SILVA, Paula Martinho da. **A procriação Artificial – Aspectos Jurídicos**. Lisboa. Moraes. 1986.

SITES

Atividade Parlamentar e Processo Legislativo. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=5012>> Acesso em 27/08/2017.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html> Acesso em: 13/07/2017

BRASIL. **Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em 14/07/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52, de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, 14 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.ius.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 02/10/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.358/1992** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em 14/07/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> acessado em 20/07/2017.

GOZZO, Débora. **A controversa norma do CNJ sobre registro em caso de reprodução assistida**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-controversa-norma-do-cnj-sobre-registro-em-caso-de-reproducao-assistida/>> Acesso em 02/10/2017.

GRILLO, Brenno. **REPRODUÇÃO ASSISTIDA - Regra do CNJ para registro de filhos viola intimidade de doadores de sêmen, diz Iasp**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-21/regra-cnj-viola-intimidade-doadores-semen-iasp>> Acesso em 03/10/2017.

QUAL A DIFERENÇA entre fertilização in vitro e inseminação artificial? **Mater Prime – Clínica de Reprodução Humana**. Disponível em:

<http://www.materprime.com.br/qual-a-diferenca-entre-fertilizacao-in-vitro-e-inseminacao-artificial/>> Acesso em 14/07/2017.