

DIGNIDADE HUMANA E A CIÊNCIA: A PROTEÇÃO DA VIDA EM CONFLITO

HUMAN DIGNITY AND SCIENCE: THE PROTECTION OF LIFE IN CONFLICT

Caroline Leite de Camargo *

Data de recebimento: 11/02/2013

Data de aprovação: 09/08/2013

RESUMO

Atualmente já é possível alterar o genoma humano antes mesmo de o embrião ser implantado no útero ou mesmo selecionar aqueles mais saudáveis para darem origem a novas vidas, mas até que ponto pode um cientista interferir no material genético humano? Como garantir que uma simples reprodução assistida homóloga não irá esconder excessos e futilidades pelos idealizadores do novo bebê ou mesmo dos profissionais da saúde? Quais as principais formas de reprodução possíveis e as suas consequências para o direito? O presente trabalho é uma prévia do que será uma dissertação de mestrado sobre o tema em análise, sendo que alguns dos questionamentos realizados nesse estudo serão apontados no do artigo que segue, sendo utilizado, principalmente o método indutivo-dedutivo para tanto.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade humana. Reprodução humana assistida. Lei 11.105/05.

* Mestranda em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM).
Professora na UFMS, campus de Três Lagoas no curso de Direito. Professora e Diretora
Executiva no ITL Educação Profissional.
E-mail: karoll_kamargo@hotmail.com

ABSTRACT

Currently it is possible to change the human genome even before the embryo is implanted in the uterus or even select those healthier to give rise to new lives, but how can a scientist interfere with human genetic material? How to ensure that a single homologous assisted reproduction will not hide excesses and inanities by the creators of the new baby or even health professionals? What are the main forms of reproduction and its possible consequences for the law? The present work is a preview of what will be a dissertation on the subject in question, and some of the questions of our study will be appointed through the article that follows, if using, especially the inductive-deductive method to do so.

KEYWORDS

Human dignity, human assisted reproduction; Law 11.105/05.

1. DIGNIDADE HUMANA NA HISTÓRIA HUMANA

Com a evolução da religião para crenças monoteístas e o surgimento da filosofia na Grécia Antiga, diante da necessidade de se explicar a pessoa humana, ocorreram os primeiros passos rumo a uma doutrina universal de direitos inerentes ao ser humano, a dignidade humana não era para todos, uma vez que, nessa época o conceito de dignidade se relacionava com o status social ocupado pelo indivíduo, fato esse que começou a mudar a partir de Cícero, em Roma.

Durante o Renascimento, surgem os ideais do humanismo e o direito natural, este último foi desenvolvido no século XVII, por Hugo Grótius. A natureza, segundo os jusnaturalistas, deriva de Deus, entretanto, existe, ainda, uma natureza humana, inerente a todos os homens que possuem direitos pelo simples fato de serem humanos¹.

Immanuel Kant² trouxe sua contribuição quanto ao conceito de dignidade humana, ao afirmar que o ser humano tem dignidade e não preço. Todo ser humano é único, assim, não deve ser explorado pela escravidão, trabalhos forçados, dentre outras:

os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e, por isso, denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

O precursor do discurso acerca da dignidade humana foi Giovanni Pico della Mirandola, de 1457, na obra “A dignidade do homem”. Segundo Bitencourt Neto³, o livro é de importância singular, uma vez que aponta as raízes fundamentais para que fosse possível o desenvolvimento da ideia contemporânea de dignidade da pessoa humana, embora os resquícios de tal fundamento possam ser, conforme dito, muito mais antigos.

¹ PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião: uma leitura a partir do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 68.

² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. 2 reimp. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 58-59.

³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010. p. 24-25.

Assim, a dignidade humana é algo inerente a todo e a cada ser humano, não podendo ser restringida ou alienada, cabendo ao ente público e a cada cidadão respeitá-la e efetivá-la.

Ainda existem muitas discussões quanto à efetividade da dignidade humana quando esta entra em conflito com algumas culturas e crenças; entretanto, Häberle⁴ acredita que, nesses casos, os direitos de personalidade humana devem prevalecer em desatenção às crendices.

Ressalte-se que a dignidade humana está em constante modificação, tendo em vista seu caráter de ser inerente a todo ser humano que evolui todos os dias. Assim, seu conceito modifica e se aprimora a todo o momento.

1.1 DIGNIDADE HUMANA E O BIODIREITO NOS SÉCULOS XX E XXI

No decorrer do século XX, vieram duas Grandes Guerras, sendo que, com a II Guerra Mundial, os ditames kantianos foram aniquilados, principalmente no que diz respeito à dignidade humana. Logo, “as pessoas eram transformadas em coisas, e usadas como meios de tomada e manutenção do poder”⁵.

Nesse período, o que ocorreu deixou marcas terríveis na história humana: a dignidade humana foi simplesmente esquecida em nome do poder, “paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade”⁶.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, após o final da II Grande Guerra e a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, houve o retorno da proteção da dignidade humana e dos direitos humanos em instância internacional.

Porém, demorou um bom tempo para que os preceitos de tal Declaração comesçassem a ser incorporados nos textos nacionais e para começarem a ser aplicados num mundo traumatizado e, em boa parte, destruídos pela violência dos conflitos.

A dignidade humana está vinculada aos direitos fundamentais, uma vez

⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Trad.). **Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45-104, p. 79.

⁵ DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.

⁶ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 592.

que a efetivação de tais direitos evitará a degradação do ser humano. Nesse caso, a dignidade humana, conforme já dito, é inerente a todo e a cada ser humano; deve ser reconhecida e não atribuída, sendo que, conforme Ricci⁷, “a primeira e mais imediata exigência da dignidade humana é o respeito à vida, levando a se reconhecer o direito à vida, entendido como princípio fundamental e anterior aos demais: significa nascer, viver e morrer com dignidade”.

Os direitos fundamentais possuem diversas definições e visam a assegurar ao ser humano um mínimo de dignidade na sua sobrevivência e na de sua família. Não é recente a luta para a positivação e o reconhecimento desses direitos, que “(...) compreendem verdadeiros anseios das sociedades já que, pelas circunstâncias temporais, reivindicaram seu poder perante o Estado”⁸.

Os direitos humanos, assim, são a positivação nos textos internacionais de direitos básicos à superveniência de cada ser humano e os direitos fundamentais seriam a constitucionalização e a inserção dos direitos humanos em cada um dos textos normativos espalhados pelo mundo afora.

A evolução da ciência traz, ainda, mais dificuldades para a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, entretanto, necessitam ter em mente que a dignidade humana e a vida devem estar sempre em patamares superiores de consideração e preocupação de todos os países, ressaltando-se que “a questão a respeito dos limites que o princípio da dignidade humana estabelece em relação a intervenções nos genes humanos é tão antiga quanto a tecnologia que possibilita tais intervenções”⁹.

O biodireito surgiu diante da necessidade de se impor limites ao desenvolvimento científico, principalmente a partir do século XX, uma vez que as inúmeras alternativas podem, inclusive, causar danos irreversíveis para a espécie humana e todas as formas de vida do planeta.

⁷ RICCI, Luiz Antonio Lopes. Direitos humanos, doutrina social e bioética – relação que potencializa o reconhecimento e tutela da dignidade humana. In: SANTOS, Ivanildo. POZZOLI, Lafayette (organizadores). **Direitos humanos e fundamentais e doutrina social**. 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2012, p. 01.

⁸ VENDRAME, Alan et al. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (organizadores). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição Federal e suas previsões sociais**. Birigui/SP: Boreal, 2011, p. 02.

⁹ NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Trad.). In: **Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 227.

Nos dizeres de Diniz¹⁰, “com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça”, as necessidades fundamentais de toda pessoa humana. Assim, a bioética e o biodireito estão sempre juntos com os direitos humanos; qualquer ato que atente contra a dignidade humana deve ser repudiado, sendo que intervenções científicas sobre a pessoa humana devem respeitar as recomendações éticas.

É imprescindível que haja aprimoramento científico, entretanto, sem que se esqueça da proteção do ser humano, cabendo à sociedade e a cada ente estatal impor limites saudáveis para o desenvolvimento de pesquisas, principalmente quando envolverem seres humanos e o meio que os cerca.

A preocupação com a ética durante as práticas médicas se intensificou após as experiências realizadas em campos de concentração por médicos nazistas¹¹, datando da época o primeiro Código (Código de Nuremberg) que limitou a intervenção no corpo humano em nome da ciência, já que as pesquisas não podem ser mais importantes do que a manutenção da vida e da dignidade humana.

Segundo Morgato¹²,

logo após os julgamentos dos crimes praticados sob o regime nazista e o vazio ético que dominava a pesquisa científica depois da Segunda Guerra Mundial, a Humanidade instituiu, visando a proteger direitos, princípios universais, como a liberdade e a dignidade, bem como o bem-estar da pessoa humana, uma vez ter esta pleno direito sobre seu corpo e sua mente, as primeiras normas reguladoras da pesquisa com seres humanos.

Um exemplo de intervenções médicas desmedidas e sem limites ocorreu na Alemanha, em 1930, onde 100 crianças foram utilizadas sem o consentimento de seus responsáveis para se testar vacina BCG. Mais de 70 morreram, e tal fato ficou conhecido como o “desastre de Lübeck”¹³.

O Governo norte-americano, por meio de seu Congresso Nacional, instituiu “Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: 2010. p. 19.

¹¹ O médico-chefe Dr. Joseph Mengele foi o responsável por muitas atrocidades com adultos e crianças.

¹² MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 47.

¹³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Bioética e medicina**. - Rio de Janeiro: Navegantes Editora e Gráfica, 2006, p 11.

Comportamental”, cujo principal objetivo foi identificar princípios éticos (respeito pelas pessoas, beneficência e justiça) que deveriam reger as pesquisas. O resultado de tal medida deu origem ao Relatório Belmont (Belmont Report), publicado em 1978.

Esse Relatório foi muito além do que apenas proteger os seres humanos, tornando-se uma declaração principiológica acerca da bioética, apontando três princípios básicos: autonomia, beneficência e justiça.

2. PROJETO GENOMA E AS MANIPULAÇÕES GENÉTICAS

O Projeto Genoma foi lançado nos Estados Unidos, em 1989. Além dele, diversos outros países ao redor do planeta também realizaram pesquisas na área, dentre os quais Inglaterra, França, Rússia e Brasil sendo que, em 1997, foi aprovada Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, com o objetivo de evitar a degradação do ser humano em decorrência das inúmeras possibilidades científicas.

Tal projeto envolve muitas questões ético-jurídicas como o respeito à dignidade humana. Com isso embora se acredite no sucesso da pesquisa, é proibida a clonagem humana e quaisquer violações de direitos dos seres humanos, visando à proteção à intimidade e autodeterminação. Os testes genéticos devem, portanto, ser voluntários e devidamente esclarecidos, após serem testados em animais e desde que haja evidência de que haverá alguma melhora no estado de saúde do paciente.

Ressalte-se que o Estado terá controle dos mapas genéticos realizados, tendo em vista que podem gerar muitos danos se caírem em mãos erradas, uma vez que o genoma humano é de propriedade da humanidade, não podendo haver onerosidade nem patenteamento (art. 10, I e IX, da Lei 9.279/96), muito menos o comércio de partes do corpo humano.

As técnicas advindas do estudo do genoma humano tornam possíveis, por exemplo, pelo pré-natal, diagnosticar e tratar doenças hereditárias com o feto ainda no útero. Tal intervenção é facultativa aos pais, entretanto, é preciso muito cuidado ao intervir em organismos vivos, uma vez que, com essa técnica, pode haver mutações genéticas transmissíveis às futuras gerações. A terapia genética de células germinativas (TGCG) é realizada na fase pré-implantatória, quando o zigoto apresenta algumas células, ou mesmo antes da fertilização (espermatozóide ou óvulo), de forma a corrigir anomalia, mudando o genoma. No Brasil, é permitida a terapia gênica apenas para corrigir defeitos físicos graves em sua maioria hereditários¹⁴.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2010. p. 10-11.

2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A procriação sempre foi importante na sociedade humana: “na Grécia e em Roma a procriação tinha como principal objetivo perpetuar o culto aos mortos. A mulher que não podia procriar recebia repúdio do marido”¹⁵.

O Código de Hamurabi, por exemplo, previa a intervenção de terceiro, no lar conjugal, na esterilidade de um dos cônjuges. Já no Código de Manu: na esterilidade do marido, sua esposa poderia ser fecundada pelo seu irmão, a fim de garantir a continuidade da família¹⁶.

No Brasil, o primeiro bebê de proveta veio no ano de 1984, uma menina, nascida em 07 de outubro.

Atualmente, conforme explica Maluf¹⁷, a fecundação pode ser natural ou artificial – e vem do latim *fecundatio*, que significa fecundar, a inseminação (*inseminare*) é a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher, já a concepção é momento posterior à fecundação, representando o produto derivado da mistura do material genético dos pais.

Nas palavras de Dias¹⁸,

A fantástica evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de reprodução assistida embalam o sonho de qualquer pessoa que deseja ter filhos, não sendo mais possível limitar os vínculos de **parentesco à verdade biológica** (grifo do autor).

Inseminação artificial Intrauterina (IIU) é a mais simples e consiste na introdução do espermatozóide na genitália feminina com o auxílio de um cateter.

Ainda não há lei regulamentando a forma como deve ser realizada a reprodução humana assistida no Brasil, apenas a Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79, que se baseia nos preceitos da bioética para solucionar o problema de infertilidade.

As técnicas de R.A. (Reprodução Assistida) devem ser utilizadas quando

¹⁵ FERRAZ, Anna Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 39.

¹⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 153.

¹⁷ op. cit. 16, p. 157.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 314.

houver problema de infertilidade (e outros tratamentos não tenham surtido efeito) e desde que não tragam danos aos descendentes.

Infertilidade não se confunde com esterilidade. A primeira aponta um problema temporário, que pode ser revertido; já no segundo caso, significa a incapacidade permanente e irreversível, para que ocorra a fertilização *in vitro* são colhidos óvulos da mulher, que serão fertilizados numa placa Petri e, assim que se transformarem em zigoto, ao iniciarem a divisão celular, voltam ao útero, seja da doadora ou de uma receptora. Além da fertilização *in vitro*, há, ainda, a técnica GIFT, que ocorre nas trompas, ou seja, no interior do corpo da mulher. Existe também a reprodução humana assistida com os zigotos (Zift), quando os espermatozóides são colocados em contato com os óvulos, fora do corpo da mulher, ocorrendo a fecundação e formando o zigoto; com tal técnica, é possível a diminuição de gestações múltiplas¹⁹.

Ressalte-se que o princípio de número I-4 da Resolução 2.013/13 do CFM especifica que as técnicas não devem ser utilizadas para a escolha do sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo em casos que tenham o intuito de se evitar doenças.

O objetivo da técnica citada é identificar, ainda nas primeiras células, problemas cromossômicos, como é o caso de algumas síndromes, como a Síndrome de Down, Síndrome de Patau, entre outras, bastante comuns. Se forem encontradas alterações nos embriões, estes serão descartados. Tal técnica pode ser o início de uma eugenia, motivo pelo qual juristas, como Maria Helena Diniz, condenam a prática.

A citada Resolução do CFM, em seu princípio 5, proíbe a criação de embriões sem a finalidade reprodutiva, no intuito de se evitar a coisificação do ser humano e das partes de seu corpo. Após um embrião ser implantado com sucesso no útero materno, não mais poderá ser retirado, sob pena de responsabilização do profissional da saúde e dos genitores.

Quando há a impossibilidade de se produzir óvulos ou espermatozóides, há a possibilidade do interessado em um projeto parental de conseguir o material via doadores anônimos em clínicas de reprodução assistida.

No Brasil, de acordo com a Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, o fornecimento de material, seja sêmen, óvulos ou sangue jamais poderá ser de forma onerosa.

Conforme mencionado, a única norma no direito pátrio que trata sobre a reprodução assistida é a Resolução 2013/13, do Conselho Federal de Medicina. A

¹⁹ op. cit. 16, p. 42-48.

Resolução 33/06 da Anvisa disciplina as condições de funcionamento das clínicas, sendo que a não observância dos preceitos pode gerar punições administrativas aos profissionais da saúde, mas estes não responderão penalmente, uma vez que não há previsão nos institutos penais. Tais Resoluções impõem alguns preceitos éticos aos médicos e às famílias, que irão se submeter ao tratamento, como, por exemplo, o limite de quatro embriões a cada procedimento, no intuito de evitar gravidez múltipla que possa representar risco de vida à mulher, entre outros²⁰.

As poucas sanções que existem dizem respeito a procedimentos administrativos. No âmbito profissional das áreas médicas, não há ainda procedimentos eficazes de prevenção e fiscalização com o intuito de se evitar a origem de pesquisas que atentem contra a dignidade humana e coloque em risco a própria humanidade.

Os embriões, ou seja, os óvulos já fecundados, que não são utilizados no procedimento são denominados excedentários e, de acordo com a Lei 11.105/05, em seu artigo 5º, desde que com autorização dos pais, após estarem congelados por 3 anos ou mais tempo, podem ser destinados a pesquisas científicas, desde que sem ônus.

2.2.1 FORMAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Existem duas formas de ocorrência da reprodução assistida: homóloga ou heteróloga. A primeira delas ocorre com a utilização de material genético de ambos os cônjuges, na segunda ocorre a interferência de um terceiro.

A inseminação artificial homóloga não apresenta muitos problemas com relação à parentalidade, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.597, III, prevê serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. O CFM aponta na Resolução 2.013/13, que ambos os cônjuges devem concordar expressamente com a inseminação. No caso de ocorrer a morte de um dos cônjuges durante o processo de inseminação, o cônjuge sobrevivente, desde que autorizado pelo falecido expressamente em vida, pode continuar o projeto parental.

Impasses acerca do destino do material genético em caso de divórcio, morte de um dos cônjuges, entre outros fatores devem estar expressos e arquivados nas respectivas clínicas antes de iniciar o processo, conforme ressalta Hironaka²¹, que

²⁰ op. cit. 15, p. 58-60.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO**, anais - Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008, p. 319.

aponta ser totalmente possível a inseminação *post mortem*, entretanto, é necessário que haja autorização do marido em vida para a possibilidade de utilização de seu material genético pela sua esposa, mesmo após a sua morte.

Esse é o entendimento, também, de Lôbo²², que aponta que a inseminação homóloga poderá utilizar sêmen do marido se este for vivo ou no caso de já haver falecido, se tiver deixado autorização expressa para tanto.

Ressalte-se que deve haver um limite temporal para que o filho oriundo de inseminação ou, fertilização *in vitro post mortem* possa suceder, que conforme Dias²³, terá direito a suceder se for deixado pelo varão expressamente autorização para a fertilização ou nascer até dois anos do falecimento. Para a mesma autora, sendo a reprodução homóloga, a autorização para a continuidade do procedimento é dispensável.

A maior parte das legislações europeias veda a inseminação após a morte do cônjuge, a criança já é gerada órfã; assim, visa a evitar que a mãe tente amenizar sua dor pela perda do companheiro, fazendo nascer uma criança fadada a ter a missão de preencher tal vazio²⁴.

Quando o casal, porém, se utiliza da reprodução heteróloga, algumas dúvidas podem surgir. Tendo em vista a ausência de lei a respeito, a doutrina aponta que, em tal procedimento, a paternidade é absoluta, mesmo após a morte do marido, desde que, previamente autorizado, assim sendo, desde que o cônjuge tenha concordado com o procedimento em vida, a paternidade de filho oriundo do procedimento não poderá ser questionada, visto que a paternidade se dará por meio do afeto e não de forma biológica; ressalte-se que, em caso de reprodução heteróloga, o indivíduo possui o direito de conhecer suas origens genéticas, o que, por certo, não acarretará direito à filiação²⁵.

No que cabe à reprodução heteróloga, Gozzo²⁶, acredita que

Apesar da lacuna legal, tudo indica que o consentimento do marido deverá ser prestado *previamente*, a fim de que se saiba, de antemão, que ele concorda em ser

²² LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

²³ op. cit. 42. p. 334.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Inseminação *post mortem* e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina**: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196-199.

²⁵ op. cit. 16, p. 330.

²⁶ GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e a contestação de paternidade. In: **Direitos humanos fundamentais**: posituação e concretização. FERRAZ, Anna Candida da Cunha (organizadora). Osasco/SP: Edifício, 2006. p. 223.

pai do filho havido por sua mulher. No fundo, essa situação assemelha-se muito à adoção do filho de um dos cônjuges pelo outro, conforme previsão legal do parágrafo único do art. 1626 da lei civil.

Diniz²⁷ acredita que a reprodução assistida heteróloga deveria ser proibida, pois tais atitudes podem ocasionar uma série de problemas, que o indivíduo gerado por meios heterólogos tem o direito de saber a história de saúde dos seus parentes consanguíneos, a fim de prevenir doenças e evitar o incesto. Embora não gere direito à filiação ou outros direitos deste derivado, pessoas advindas de inseminações também possuem direito de personalidade, a paternidade daquele que anuiu a inseminação heteróloga considerada absoluta, e não relativa.

A destinação dos embriões excedentes ou inviáveis, conforme esclarecido, desde que respeitados os ditames legais, pode ser a pesquisa científica.

Para algumas doutrinas, como Dias²⁸, no caso da reprodução heteróloga, o Conselho Federal de Medicina (Resolução 2.013/13) permite a cessão temporária de útero, desde que seja parente até segundo grau e sem fins lucrativos, permitida nos casos onde a mãe não é capaz de gerar a criança devido a problemas de saúde²⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda precisa se adequar com novas legislações que possam prever situações de reprodução heteróloga, como, por exemplo, quando se utiliza da cessão temporária de útero e ocorre a negativa da hospedeira em entregar a criança aos pais afetivos, quem teria o direito de paternidade sobre essa criança? E se o material genético doado para fins reprodutivos (em outros casais) por doador anônimo der origem a uma criança com algum problema genético, pode haver pedido de indenização? Quem deveria indenizar, o doador ou a clínica? Quais os direitos ocasionados por uma fertilização *post mortem*?

Como percebemos, são inúmeros os questionamentos e infundáveis as possibilidades de ocasionar relações jurídicas e, conseqüentemente, casos do tipo podem chegar até o judiciário. A elaboração e melhor aprimoramento de leis que regulamentem as práticas de inseminação artificial no país precisam, portanto, ocorrer.

No decorrer do presente trabalho serão apresentados alguns dos maiores questionamentos oriundos de tais relações; ressalte-se que a legislações não deve ser elaborada de forma que impeça tais práticas, tendo em vista que a evolução e o atri-

²⁷ op. cit. 14, p. 572-584.

²⁸ op. cit. 18, p. 337.

²⁹ No Brasil, já existem vários casos onde avós ou tias gestam a criança em virtude de problemas de saúde da mãe.

moramento científico devem ocorrer para que se possibilite, inclusive, a manutenção da própria vida humana, sem colocá-la em risco.

O direito tem, assim, a difícil missão de tentar colocar um ponto em comum entre a ciência e a proteção da vida.

3. RELAÇÕES DE PARENTESCO BIOLÓGICAS E AFETIVAS EM CASO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, são reconhecidas as diversas entidades familiares, formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais³⁰.

As relações de parentesco também acabam sendo afetadas, tendo em vista que a afetividade passa a ter um valor tão grande, senão maior, que a parentalidade biológica, gerando, em muitos casos, preocupação e insegurança, pois “la sensación de desconcierto es comprensible, pues se están viendo afectados los sistemas de parentesco y el orden entre generaciones, la unicidade misma de la persona”³¹.

Para Dias³², embora a lei incentive e proteja a família,

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instituto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à **solidão**. Tanto é assim que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso (grifos do autor).

Em algum momento da história humana o direito instituiu limites para as relações, influenciado por posições religiosas.

De acordo com Ferraz³³,

O casamento acarretava para a filiação uma paternidade jurídica, na medida em que se estabelecia a presunção de que os filhos havidos na constância do casamento

³⁰ op. Cit, 18, p.79.

³¹ RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Tradução de GREPPI, Andrea. Madrid: Trotta S/A, 2010. p. 31.

³² op. cit. 18, p. 27.

³³ op. cit. 15, p. 95.

eram do casal, desprezando-se a verdade real. O pai, portanto, era o marido da mãe. Tal presunção ocorria por apenas se admitir a procriação no seio do casamento, tanto que aqueles que nascessem de relação extramatrimonial não eram merecedores de proteção e denominados ilegítimos.

A formação de uma família, por escolha de um casal, pode dar origem à prole, ressaltando que toda paternidade é afetiva, seja biológica ou não. A paternidade jurídica é imposta por presunção, conforme o artigo 1.597, I a V do atual dispositivo Cível. Há coincidência da paternidade biológica e jurídica quando o companheiro da mãe é de fato o pai da criança³⁴.

Desde o início, da constitucionalização do direito civil, em especial o direito de família, estão acontecendo importantes mudanças, dentre elas, o que concerne às relações de parentesco que hoje podem ser biológicas ou afetivas, na medida em que valorizou o afeto e a solidariedade como aspectos fundamentais dos núcleos de convivência familiares; em caso de união estável, presume-se a paternidade de convivente³⁵.

A afetividade passou a ser elemento constitutivo das famílias a partir do momento que não mais se reconheceu apenas a família formada pelo casamento,

Pai é o que cria, o que dá amor, e **genitor** é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas³⁶. (grifo do autor).

Além de ser natural, o parentesco é um vínculo jurídico. Tendo em vista que são estabelecidos por lei, tais atos não se constituem ou se desfazem por vontade das partes e a proximidade das relações de parentesco refletem atos jurídicos, como, por exemplo, a solidariedade familiar. O parentesco e a afinidade em linha reta são ilimitados e perpétuos (ascendentes e descendentes), mesmo após o fim do casamento ou da união estável; já o parentesco colateral é limitado até o quarto grau e a afinidade até o segundo grau (não passa dos cunhados) e termina com o fim do relacionamento, salvo o caso dos parentes em linha reta (ex-sogro, ex-enteado). Ao nascer, o indivíduo é inserido numa estrutura familiar, visto a impossibilidade absoluta do ser

³⁴ AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 29.

³⁵ op. cit. 15, p. 97-101.

³⁶ op. cit. 18, p. 331.

humano de sobreviver sozinho; a criança, atualmente, é tida como sujeito de direitos e, como tal, deve ser respeitada. O direito tem o importante papel de reconhecer as relações de parentesco, sejam biológicas ou civis, concedendo o poder familiar aos pais ou responsáveis. Entretanto, ressalte-se que o planejamento familiar é livre, devendo o ente estatal garantir que todos possam ter acesso, caso queiram, a formar uma família, sendo problema de saúde pública distúrbios de função reprodutiva³⁷.

São consideradas famílias monoparentais aquelas formadas por um dos genitores e o filho, que, após a Lei do Divórcio de 1977, começaram a estar mais presentes entre os brasileiros, podendo ser oriunda, ainda, de falecimento de um dos cônjuges, por exemplo. No que cabe à realização de reprodução assistida, nesses casos, à denominada reprodução independente, ainda há controvérsia na doutrina, uma vez que a criança, obrigatoriamente, nascerá sem um dos genitores. Contrariamente a tal posicionamento, Ferraz³⁸ aponta ser viável aos interesses da criança advir em um lar onde irá possuir apenas um dos genitores, desde que este tenha consciência de sua responsabilidade para com seu filho, seja pela de adoção unipessoal ou por técnicas de reprodução assistida.

Dias³⁹ acredita ser plenamente possível uma mulher solteira se utilizar de técnicas disponíveis no mercado para engravidar, pois “como não lhe é vedado o direito de adotar, nada a impede de gerar filho no próprio ventre. O reconhecimento da igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira”.

Através da a igualdade de direitos trazida pelo texto Constitucional de 1988, não deve haver discriminação quanto à origem dos filhos, sejam biológicos ou jurídicos, e é concedida ao adotado a condição de filho, o registro anterior é cancelado, a menos que o adotado seja maior de idade, quando a lei permite apenas a alteração de seu sobrenome. Uma vez reconhecida à filiação, ocorre à averbação da sentença no livro de registro de nascimento e a inclusão do nome do genitor, salvo se, a pedido do investigado, desde que justificado com a ausência de afeto do genitor, podendo continuar com o nome de quem o criou, além da indicação do nome dos avós⁴⁰.

Com a possibilidade de relações de afeto pela doutrina e pela jurisprudência, os filhos advindos tanto de reprodução assistida homóloga, quanto heteró-

³⁷ op. cit. 16, p. 313-328.

³⁸ op. cit. 15, p. 85.

³⁹ op. cit. 18, p. 199-200.

⁴⁰ op. cit. 18, p. 135-136.

loga possuem os mesmos direitos como filhos do casal ou, da pessoa que o idealizou, em caso de reprodução independente, lembrando que, nesses casos, a pessoa deve estar ciente de todas as relações e responsabilidades advindas com o início do projeto parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, é relevante e extremamente importante que haja investimento e desenvolvimento de pesquisas científicas; entretanto, a dignidade humana deve sempre estar acima de qualquer experimento científico.

Embora o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.510/08, tenha decidido que não há violação à vida e à dignidade humana na destinação de embriões excedentes e inviáveis oriundos de reprodução assistida, para o desenvolvimento com pesquisas com células-tronco, conforme permite um dos poucos dispositivos nacionais sobre o tema, no artigo 5º da lei 11.105/05, ainda restam muitas discussões sobre o tema.

Além dos problemas oriundos acerca da destinação dos embriões excedentes ou inviáveis, há discussões sobre parentalidade em alguns casos e tipos de reprodução assistida, conforme se falou, especialmente quando ocorre reprodução heteróloga. Ressalte-se que, não é permitida a cessão temporária de útero, no Brasil mediante a lei, o que há é a possibilidade do ato, desde que não oneroso e entre parente consanguíneo de um dos cônjuges até o quarto grau, conforme Resolução do CFM.

Fato é que a possibilidade de auxílio na reprodução humana, para aquelas pessoas que possuem algum tipo de problema de saúde, hoje já é factível a paternidade ou maternidade entre muitos indivíduos que, há alguns anos, seriam tidos por estéreis.

As pesquisas tem sido de fundamental importância para a melhora na qualidade de vida de milhares de pessoas. Entretanto, mister se faz que haja limites e os legisladores, assim como os médicos, biólogos, filósofos, sociólogos e outros profissionais possam entrar em consenso acerca de temas de tamanha relevância e que podem nortear o desenvolvimento da vida no planeta.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

BRASIL. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm, acesso em 10 fev. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Bioética e medicina** / Comissão de Bioética do CREMERJ. - Rio de Janeiro: Navegantes Editora e Gráfica, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2010.

FERRAZ, Anna Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2010.

GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e a contestação de paternidade. In: **Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização**. Anna Candida da Cunha Ferraz (organizadora). Osasco/SP: Edifício, 2006. p.217-241.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: **Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45-104.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional** – anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (organizador). São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. 2 reimp. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação *post mortem* e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187-207.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito**: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: **Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 225-240.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião**: uma leitura a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012.

RICCI, Luiz Antonio Lopes. Direitos humanos, doutrina social e bioética – relação que potencializa o reconhecimento e tutela da dignidade humana. In: **Direitos humanos e fundamentais e doutrina social**. Ivanildo Santos e Lafayette Pozzoli (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 01-09.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta S/A, 2010.

VENDRAME, Alan *et al.* Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos** – a Constituição Federal e suas previsões sociais. Dirceu Pereira Siqueira e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2011. p. 1-19.