

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Odete Neubauer de Almeida

**LIMITAÇÕES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A Mercantilização
da Espécie Humana
Regras do Biodireito e da Bioética
A Necessidade de Legislação Específica**

DOUTORADO EM DIREITO DO ESTADO

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Odete Neubauer de Almeida

**LIMITAÇÕES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A Mercantilização
da Espécie Humana
Regras do Biodireito e da Bioética
A Necessidade de Legislação Específica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em **Direito do Estado** pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Maria Garcia

**SÃO PAULO
2010**

Ó SENHOR, tu me sonda e me conheces.

**Porque tu formaste o meu interior;
Tu me teceste no ventre da minha mãe;
Dou-te graças, porque formidável e maravilhosamente fui formado;
Maravilhosas são as tuas obras,
E minha alma o sabe muito bem,
Não foram encobertos de ti os meus ossos,
Ainda quando em oculto fui formado,
E entretecido no vale profundo da terra.
Teus olhos viam o meu embrião,
Meus dias estavam previstos, escritos todos em teu livro,
Quando ainda não existiam.**

Salmo 139 – vs.1, 13 a 16.

**Agradeço à Professora MARIA GARCIA.
Não só pela orientação.
Mas pela demonstração de carinho pelos alunos.
Por todo ensinamento que me passou.
Se me tornei uma pessoa melhor.
Com certeza foi depois que a conheci.
A PUC está de parabéns pela professora que tem.
*“Maria! Que Deus te abençoe e te guarde para sempre!”***

***Dedico este trabalho a Deus.
A quem amo e louvo!
Que me trouxe para a PUC.
Permitiu que eu terminasse esse curso.
Me deu força e esperança, para chegar até aqui.***

Agradeço

Em primeiro lugar a Deus, pois sem ele, sequer eu existiria.

À minha família que tem suportado essa batalha comigo.

Às minhas filhas que estiverem presente em todos os bons e maus momentos.

À Paula com suas brincadeiras e alegria.

À Patrícia pelo companheirismo.

Ao João, noivo querido que me escuta, me incentiva e tem sido meu porto seguro.

À tia Lia, pela força e colaboração ao meu serviço no escritório.

Ao Vinícius pela ajuda no Inglês e à Jéssica pelo carinho.

Ao Pastor Álvaro e à Igreja Batista de Leopoldina pelas orações.

À Bernadete, sogra linda que não me esquece.

Ao Dinoamérico e à Dalva querida pela revisão.

Aos professores da PUC principalmente à minha orientadora que colaborou para que tudo se realizasse, com carinho e ajuda.

Aos meus amigos professores e alunos das Faculdades em que trabalhei que me acompanharam todos esses anos.

Às queridas amigas de oração Luisa e Jane.

À Priscila e ao Leandro por toda a ajuda e pela graciosidade da espera da Lorena que chegará para alegrar as nossas vidas!

ALMEIDA, Odete Neubauer de. LIMITAÇÕES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A Mercantilização da Espécie Humana Regras do Biodireito e da Bioética A Necessidade de Legislação Específica 2010. 198f. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO. O Direito atualmente vem enfrentando uma necessidade em todo o mundo, quer países de pequeno, médio ou grande desenvolvimento, que é a implantação de ordenamento legal para avaliar casos que têm conflitos originados na Reprodução Humana Assistida. A falta de legislação específica, torna frágil qualquer situação das pessoas, quer seja na prática concreta da reprodução humana assistida, quer seja na situação da criança envolvida. A legislação estrangeira tem sido implantada e analisada em algumas situações, não comportando ainda uma utilização perfeita, pois demonstra que algumas situações derivam de costumes, importando assim uma dificuldade em julgar problemas de um país, tendo como base a legislação de outro. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 e a Constituição Federal de 2008 têm sido de grande ajuda para tornar certa a busca de solucionar lacunas que a lei ainda não alcança. A ciência, por sua vez, não paraliza seus estudos para esperar que o Direito construa uma forma legal, que propicie ao utilizador das técnicas, maior regulamento e segurança. Este trabalho aborda as várias necessidades de regulamentação, e também o que se tem a partir da Bioética e do Biodireito, mostrando ainda as legislações estrangeiras específicas. Não se trata ainda somente de informação, mas algumas intolerâncias que existem a respeito do assunto e da verdadeira necessidade de se utilizar destas técnicas, em virtude do grande número de crianças que estão sendo abandonadas em orfanatos e casas de apoio governamental, à espera de famílias que se interessem em adotá-las. Não existe, neste trabalho, informação sobre outros países e o número de crianças que aguardam por adoção, contudo, o problema que se busca enfrentar é o brasileiro, e a necessidade real de se implantar todo tipo de práticas de inseminação artificial. Também existe a necessidade de visualização por parte da legislação no que concerne às várias etapas das técnicas de reprodução humana assistida, e dos comportamentos éticos das pessoas envolvidas. A legislação em relação à reprodução humana assistida, deve ser elaborada em caráter urgente, contudo, é necessário que os resultados sejam devidamente estudados para um melhor aproveitamento. O trabalho envolve a proteção de todo o complexo quanto à dignidade da pessoa humana, quer sejam os já indicados nos Direitos Humanos, e outros que precisam ser melhor elaborados, para que a licitude da Reprodução Humana Assistida, venha trazer resultados compensadores e não devastadores aos cidadãos brasileiros. Essa busca de equilíbrio entre a ciência e a lei deve ser a prioridade em todos os setores jurídicos, como também da medicina, dos ramos da bioética e do biodireito, tanto na utilização das decisões jurídicas, das atividades diárias dos envolvidos diretamente como das penalidades em caso de responsabilidade por ato ilícito. O objetivo é demonstrar a necessidade de uma legislação, visando esclarecer lacunas existentes e argumentar a respeito da limitação e da atuação da ciência, quanto às práticas desenvolvidas de reprodução assistida e da sua aplicabilidade. Comenta sobre os motivos de se utilizar as técnicas de reprodução assistida, como também as proibições para as limitar, importando assim a proteção da dignidade da pessoa humana, desde a concepção.

Palavra-chave: Reprodução Humana Assistida

ABSTRACT. The law currently is facing a need in the world, both countries small, medium or large development, which is the implementation of legal system to evaluate cases with disputes arising in the Assisted Human Reproduction. The lack of specific legislation, makes any fragile situation of the people, whether in the actual practice of assisted human reproduction, whether in the situation of children involved. The foreign law has been implemented and tested in some situations which do not have yet a compact, it shows that some situations are derived from customs, as a matter difficult to judge a country's problems, based on the laws of another. The resolution of the Federal Medical Council No 1358/92 and the Federal Constitution of 2008 have been of great help in making sure the quest to solve gaps that the law does not reach. Science, in turn, did not paralyze his studies to expect the law to build a legal form, which triggers the user of the techniques, greater regulation and safety. This work addresses the various regulatory requirements, and also what we have from the Bioethics and Biolaw, still showing the specific foreign laws. It is still only information, but some intolerances that exist on the subject and the real need to use these techniques, due to the large number of children being abandoned in orphanages and homes of government support, waiting for families who are interested in adopting them. There is, in this study, information about other countries and the number of children who await adoption, however, the problem that seeks to face the Brazilian real and the need to deploy all kinds of practices of artificial insemination. There is also the need for viewing by the legislation regarding the various steps of the techniques of assisted human reproduction, and ethical behavior of those involved. Legislation in relation to assisted human reproduction should be developed in a matter of urgency, however, it is necessary that the results are properly studied to better use. The work involves the protection of the entire complex as the human dignity, whether they are already listed in Human Rights, and others who need to be better prepared for the lawfulness of the Assisted Human Reproduction, which will bring very good results and not to the devastating Brazilian citizens. This search for balance between science and law should be the priority in all fields of law, as well as medicine, branch of bioethics and biolaw, both in the use of legal decisions and daily activities of those involved directly as the penalties for liability in tort. The goal is to demonstrate the need for legislation, aimed at identifying gaps and argue about the limitations and role of science and the practices developed in assisted reproduction and its applicability. Comments on the reasons for using the techniques of assisted reproduction, as well as prohibitions on the limit, so importing the protection of human dignity from conception.

Keywords: Assisted Human Reproduction

SUMÁRIO

CAPÍTULO I	11
1. A BIOÉTICA	11
1.1. Conceito	11
1.2. Evolução histórica.....	14
1.3. Desenvolvimento dos estudos bioéticos	19
1.4. Lei de Biossegurança	27
CAPÍTULO II	36
2. BIODIREITO	36
2.1. Conceito	36
2.2. Direitos Humanos e Biodireito	41
2.3. O Direito – As Leis Bioéticas	46
2.4. Princípios Constitucionais	50
2.5. Princípios bioéticos	54
CAPÍTULO III	58
3. REPRODUÇÃO HUMANA	58
3.1. Evolução histórica	58
3.2. A reprodução humana	61
CAPÍTULO IV	64
4. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	64
4.1. Evolução histórica	64
4.2. Inseminação Artificial	66
4.3. A fecundação <i>in vitro</i>	70
4.4. Técnica da FIV	71
4.5. Gravidez múltipla na inseminação <i>in vitro</i>	73
4.6. Congelamento de embriões	74
4.7. Mães de substituição – “Barriga de Aluguel”	76
4.8. A doação do óvulo e do sêmen	79
4.9. Adoção de embriões	85

CAPÍTULO V	88
5. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A FAMÍLIA	88
5.1. Espécies de Família	88
5.2. A reprodução assistida e o Parentesco	93
5.3. Graus de parentesco consanguíneo	96
5.4. E a Filiação	97
5.5. E a sucessão Legítima	103
CAPÍTULO VI	107
6. OS LIMITES NECESSÁRIOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA	107
6.1. Questões éticas sobre a reprodução assistida	107
6.2. A insuficiência das regulamentações.	110
6.3. Legislação sobre a reprodução assistida	113
6.4. Projetos de lei	115
6.5. Legislação Estrangeira e Direito Comparado	118
6.6. Aspectos gerais do procedimento da reprodução assistida	130
CAPÍTULO VII	133
7. ATUALIDADES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	133
7.1. Considerações científicas	133
7.2. Necessidade de Legislação sobre a Reprodução Assistida	138
7.3. Novidades da inseminação humana artificial	145
7.4. Os limites necessários à reprodução assistida	147
CONCLUSÃO	160
BIBLIOGRAFIA	163
ANEXOS	166

CAPÍTULO I

1. A BIOÉTICA

1.1. Conceito

A palavra ética tem origem no termo grego *ethos*, que significava "bom costume", "costume superior", ou "portador de caráter". É uma palavra utilizada em todas as formas de atividades, convivências, discursos, estudos, enfim, tudo o que se relaciona com a vida em grupo, que tem por base a necessidade do equilíbrio e a possibilidade de se manter a paz e a legalidade.

Ética em geral, ciência da conduta, tem duas concepções fundamentais:

Primeira, que a considera como ciência do fim, para o qual a conduta do homem deve ser orientada, e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim, quanto os meios, da natureza do homem;

Segunda, que a considera como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta.¹

O conceito de ética é anterior aos gregos, e segundo Maria Garcia e Claudio Cohen: “Devemos a este povo o fato de tê-la nomeado, enquanto filosofia do bem e do mal.”²

Ser bom, ser generoso, ser zeloso e ser correto são características, que se busca no ser humano.

¹ GARCIA, Maria – Limites da Ciência – A dignidade da Pessoa humana – a Ética da responsabilidade, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 229 – cit. Nicola Abbagnano.

² GARCIA, Maria e Claudio Cohen – Questões de Bioética Clínica – Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de São Paulo – Rio de Janeiro - Ed. Elsevier – 2007, Introdução, VX. Porém desde os nossos primeiros ancestrais, os que puderem simbolizar e, portanto, dar um significado ao mundo, já deveria existir uma ética que possibilitava as relações humanas. Assim como já existiam tabus e leis sociais que regulamentavam o comportamento humano mesmo antes que fossem criados os códigos escritos de moral.

Francesco Carnelutti diz que:

“A ética é, portanto, aquele aspecto da realidade que consiste no complexo dos fenômenos determinados pela regra ética, e particularmente pelas relações éticas.”³

Muitos exemplos da história poderiam demonstrar o valor que o ser humano dá ao homem ético, contudo, muitos ainda vivem sem a preocupação com esse caráter, outros nem sequer, conhecem o seu conceito.

Hans Kelsen diz:

“Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética”.⁴

O direito tem por obrigação, buscar disciplinar a conduta do homem, incluindo no ordenamento normas de convivência ética.

Segundo Gabriel Chalita:

³ CARNELUTTI, Francesco – Teoria Geral do Direito – Editora Lejus, São Paulo, 2000, p. 101. “Existe, pois, para a composição dos conflitos de interesses, uma regra que indica, caso por caso, através da consciência dos interessados, o modo de agir. A esta regra dá-se o nome de regra ética, ou então de regra moral. A bondade, a caridade, a honestidade, a própria justiça, não são mais do que expressões do comportamento conforme esta regra. Só uma tal conformidade determina aquela satisfação dos interessados em que consiste a verdadeira paz. Por isso não pode haver paz sem justiça. Isto não quer dizer que a regra ética diga apenas respeito ao comportamento de um homem para com outro homem, e deste modo à composição do conflito de interesses. Pelo contrário, diferentemente do que sucede com a regra jurídica, a regra ética é além de, ou antes que intersubjetiva, intra subjetiva. O paradigma desta sua natureza encontra-se naquela solene formulação da regra ética que consiste nos mandamentos da lei de Deus, segundo os quais não só é vedada a fornicação, como mesmo o desejo da mulher de outrem.

⁴ KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, Tradução de João Baptista machado,^{3ª} tiragem, Martins Fontes, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p.67. Continua o autor: Na medida em que a justiça é uma exigência da moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral.

“O conceito de ética muda muito ao longo do tempo e dialoga com outro conceito interessante, o da moral. Por meio desse enfoque é possível discutir temas mais pontuais e aparentemente menos complexos, como a relação com os vizinhos, a vida em sociedade, os direitos e deveres do ser social, a postura política e assim por diante.”⁵

A história do homem tem demonstrado que em todas as épocas, a ética foi conceituada com o que melhor poderia se esperar das atitudes do homem, em relação ao seu próximo.

Nas palavras de Miguel Reale

“A ciência pode tornar mais gritante o problema do dever, mas não o resolve. Os conhecimentos científicos tornam, às vezes, mais urgentes a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implicam qualquer solução, positiva ou negativa. O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como o único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Este problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se problema ético, e marca momento culminante em toda verdadeira Filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido do aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do bem, quer para o indivíduo, quer para a sociedade.”⁶

Estamos, contudo, no momento da história em que a ética, deve mais do que qualquer tema, ser o principal alicerce da conduta, pois em face do grande avanço científico, a vida corre risco em maior escala.

A vida dos cidadãos na sociedade, no que diz respeito às experiências científicas, necessita cada vez mais de proteção e da participação de todos, para aprimoramento eficaz nos resultados das descobertas.

Ponderam Maria Garcia e Claudio Cohen que

“Assim sendo não nascemos nem éticos e nem antiéticos, nascemos aéticos, mas temos a possibilidade de nos tornarmos seres éticos. Construiremos a nossa eticidade durante o nosso desenvolvimento, pois ela

⁵ CHALITA, Gabriel – Educação. A solução está no afeto, São Paulo. Ed. Gente. 2001, p. 205.

⁶ REALE, Miguel –Filosofia do Direito – São Paulo – Editora Saraiva – 1996, p. 35. Ainda nas palavras do autor, na p. 34/35: Por mais que o homem descubra e certifique verdades e seja capaz de atingir leis de atingir leis ou princípios, seus conhecimentos da realidade, *sic et simpliciter*, não resolvem a obrigatoriedade da ação. Que devemos fazer? Como devemos nos conduzir? Que vale o homem no plano da conduta? O fato de sermos hoje, mais ricos de conhecimentos do que o homem selvagem terá, porventura, influído na bondade do próprio homem? O fato de ser portador de maior soma de conhecimento leva o homem a reconhecer o caminho de seu dever?

faz parte do nosso processo de hominização, fenômeno que toda pessoa deve percorrer para se tornar um indivíduo”.⁷

Do ponto de vista etimológico, bioética é a forma da Ética, que se ocupa do fenômeno da vida, em todos os campos das suas manifestações, terminando assim, por ser uma Ética Geral, com os fenômenos vitais, incluindo as questões ecológicas, clínicas, que vão desde a investigação dos seres humanos, até os direitos dos animais, como uma espécie de macroética.

A macroética tem como visão, os vários fenômenos vitais da vida animal ou vegetal ou em termos de ecosfera ou das atividades humanas, quer sejam atividades, políticas, sanitárias, docentes ou empresariais, objetivando os fins e os princípios, valores e hábitos indispensáveis à vida humana.

1.2. Evolução histórica

Ao direito, compete regulamentar de forma clara e objetiva as técnicas de reprodução artificial, que a ciência médica colocou à disposição do ser humano, impedindo conseqüências irreversíveis para a humanidade.

De acordo com as necessidades e a possibilidade de novas tecnologias, a bioética durante o tempo foi alicerçando as suas diretrizes, mesmo sem um ordenamento legal específico, mas com os meios alcançados pelos cientistas.

A bioética foi acompanhando essas transformações e coibindo como pode os abusos às pesquisas, quando se tornavam do conhecimento geral, e utilizando-se das leis que muitas vezes até por analogia poderiam trazer algum resultado.

Segundo Reinaldo Pereira da Silva:

⁷ GARCIA, Maria e Claudio Cohen – Questões de Bioética Clínica – Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de São Paulo – Rio de Janeiro - Ed. Elsevier – 2007, Introdução, XXI. Continuando “Assim, podemos pensar em pelo menos duas éticas diferentes e que podem se contrapor: a ética do indivíduo e a ética do outro. Destas diferenças é que surgirá o que podemos denominar **bioética das relações** (grifo nosso). Deste modo devemos entender que a bioética da percepção simbólica da existência do outro (sujeito ou objeto), do conflito que este fenômeno nos causa e da necessidade de nos relacionar com estima e respeito ao outro”.

“...a tomada de consciência da sociedade sobre a necessidade de reatualização da ética da vida humana se delineia ao término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista. Este é então o marco da protobioética. Com efeito, o julgamento de Nuremberg, em 1945, finda a Segunda Guerra Mundial, revelou ao mundo os abusos contra a humanidade realizados em nome da ciência e da tecnologia nos campos de concentração de prisioneiros”.⁸

Historicamente a primeira pessoa a empregar o termo foi o oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, considerando-a a “ciência da sobrevivência”.

Dizia ele que: a bioética era a nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal.

-Ciência que garantiria a vida na Terra.

-A bioética teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a vida no planeta.

É através da bioética, que se podem impedir abusos e desrespeito ao ser humano, inclusive no que se refere à reprodução assistida. Até mesmo a denominação do embrião é causa de estudo segundo Heloisa Helena Barbosa:

“Aponta-se, de início, um problema terminológico, na utilização indiscriminada do vocábulo "embrião". De acordo com a Biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se "zigoto". O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação; a partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer. Portanto, a rigor até os primeiros, quatorze dias após a fertilização, temos o zigoto, denominado na legislação espanhola "pré-embrião", designação que causa controvérsia por induzir uma diminuição da condição humana da entidade em desenvolvimento”⁹

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos – ob. Cit. Os Novos Direitos no Brasil – Ed Saraiva – São Paulo – 2003 – pp. 295-296.

⁹ Artigo Científico - Proteção jurídica do embrião humano – escrito por Por Heloísa Helena Barbosa – citação de ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos. 1998 - ANDORNO, por sua vez, entende que as soluções para os novos problemas provocados pela

Outros tinham demais maneiras de conceituar a bioética, uns como ética das ciências da vida, e outros como, ética biomédica.

A *Encyclopédia of bioethics* definiu, em 1978 a bioética como “O estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”.

Em 1995 na sua segunda edição deixou de fazer referência aos “valores e princípios morais”, considerando-a como o “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.

O termo bioética surgiu somente na década de 70, contudo, já existia um documento chamado Código de Nuremberg, de 1947, que é considerado o marco inicial da bioética.

biotecnologia dependem quase inteiramente da resposta que se dê à pergunta sobre a pessoa. Aduz que os desenvolvimentos biomédicos não obrigam o direito a traduzir em termos jurídicos o laço que une a pessoa a seu corpo. Pelo contrário, o direito aparece como o garantidor da unidade da pessoa, que de outro modo se veria afetada por uma interpretação dualista do tipo "sujeito-objeto". A pessoa se identifica com seu corpo. E, sem embargo, não é em razão das qualidades do seu corpo que ela é a realidade mais sublime sobre a terra. É graças a seu ato de ser, dotado de uma intensidade única, que possui uma dignidade constitutiva. Segundo o mesmo autor, de uma perspectiva, já não ontológica, senão ética, o termo "pessoa" é empregado para designar os seres que possuem uma dignidade intrínseca. Nesse sentido, dizer "pessoa" equivale dizer "um ser que merece um tratamento enquanto fim em si"; a "pessoa" é o oposto de "coisa", existindo um abismo infinito entre ambos. Prossegue explicando que a noção de "dignidade" pode também ser tomada em dois sentidos: a) a dignidade ontológica, que é uma qualidade inseparavelmente unida ao próprio ser do homem ("al ser mismo del hombre"), sendo portanto a mesma para todos. Esta noção nos remete à idéia de incomunicabilidade, de unicidade, de impossibilidade de reduzir este homem a um simples número. É o valor que se descobre no homem pelo só fato de existir...; b) a dignidade ética, que faz referência não ao ser da pessoa, mas ao seu atuar ("a su obrar")...Esta dignidade é fruto de uma vida conforme o bem, e não é possuída por todos da mesma maneira. Se trata de uma dignidade dinâmica, no sentido de que é construída por cada um através do exercício de sua liberdade. Esclarece que, quando se refere em sua obra à "dignidade da pessoa", o faz no primeiro sentido, ou seja, como sinônimo do valor que se deve reconhecer ao homem pelo só fato de ser homem. Entende, com relação às normas internacionais que afirmam o princípio da dignidade humana, que isso significa que não mais se admite a existência de homens de segunda categoria, de sub-humanos, de "vidas sem valor vital", sendo suficiente ser homem para ser reconhecido como pessoa. Todos os homens são igualmente dignos, em razão de sua natureza comum. Ser digno equivale, portanto, a ser pessoa. Ressalta, contudo, que as "biotecnologias" fizeram nascer neste últimos anos o debate em torno da noção mesma de "pessoa", em especial nos momentos limites de sua existência: o começo e o fim. Se assiste assim o que se tem denominado "a diluição dos confins da pessoa". Indica haver duas visões opostas da pessoa: a que a identifica com o indivíduo pertencente à espécie humana e a que a assimila ao ser autoconsciente. Retorna-se, desse modo e por força de outra abordagem, à antiga questão: quando começa a vida humana ?

Esse código contém dez princípios sobre as experiências com seres humanos, e foi elaborado pelo Tribunal de Nuremberg (1945 - 1946) O código de Nuremberg foi elaborado após a II Guerra Mundial e foi revisto em 1964 - Pela OMS – Organização Mundial da Saúde que se reuniu em Helsinque, na Finlândia.

A Declaração de Helsinque teve influência na formulação das legislações e dos códigos de conduta internacionais, nacionais e regionais, e foi revista em Tóquio, em 1975, em Veneza, em 1983, e em Hong Kong, em 1989, sempre fixando novas diretrizes éticas para serem utilizadas por médicos que estão envolvidos em pesquisas biomédicas.

Segundo Maria Helena Diniz:

“A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas, e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem dos seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos etc., como também à degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas.”¹⁰

Melhor conceituando:

- Formas de eutanásia, distanásia, técnicas de engenharia genética, terapias gênicas, métodos de reprodução humana assistida, eugenia, eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, clonagem dos seres humanos, maternidade substitutiva, escolha do tempo para nascer ou morrer, mudança de sexo em caso de transexualidade, esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, utilização da tecnologia do DNA recombinante, práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – pp.10-11.

A Bioética além de atuar no âmbito da saúde, se faz presente no estudo das situações da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas, como também aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica, como os riscos biológicos, a biologia molecular e engenharia genética, aos organismos geneticamente modificados, que podem provocar o aparecimento de novas doenças virais ou o ressurgimento de antigas moléstias virulentas, como ainda os riscos ecológicos, resultantes das queimadas, poluição, corte de árvores, do uso da energia nuclear, introdução de organismos geneticamente modificados no meio ambiente ou da redução da biodiversidade.

Pode-se classificar a bioética em:

- bioética das situações persistentes, temas cotidianos como o aborto, eutanásia, racismo, exclusão social e discriminação;
- bioética das situações emergentes, como doação, transplante de órgãos e tecidos e engenhamento genético.¹¹

¹¹ Segundo Maria Helena Diniz: Surgem os dilemas sociais: - Alterar as leis da natureza. - Emprego de recursos médicos contra a soberania de Deus. - Limitar o uso das biotecnologias. - Respeito aos direitos fundamentais e preservar das gerações futuras. - Adequar novas conquistas biotecnocientíficas com as normas éticas e jurídicas vigentes na sociedade atual. - Manter os valores da sacralidade da vida e da inviolabilidade do corpo sem questionar o poder de médicos e cientistas, teólogos, juízes, etc. Evitar que a engenharia genética seja um passo para o eugenismo universal, devido à coisificação do ser humano. - A bioética precisa de um paradigma de referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca da qualidade de vida digna, dando prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência. Necessário que a bioética leve a aquisição de hábitos éticos e de qualidade de caráter. Deve juntamente com a biossegurança averiguar a legitimidade, ou não, do uso das novas tecnologias da engenharia genética para transformar a qualidade de vida das pessoas. A bioética deverá ser um estudo deontológico, que possa proporcionar diretrizes moral para o agir humano, diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, possibilidade de doar e dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras. Maria Helena Diniz em sua obra, O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO elenca de forma geral os campos que têm necessidade de envolvimento com o estudo da bioética: a) progresso científico: - Eutanásia; UTI – mantém paciente terminal; Esterilização de criminosos sexuais; Inseminação artificial *post mortem*; Conflito paternidade maternidade; Clonagem de seres humanos; Gerar crianças p/o fim de doar tecidos; Fecundação de óvulo de macaco com semem de ser humano; Pré-determinar caracteres de bebês; Bancos de óvulos, espermatozóides, embriões, células, tecidos e órgãos para transplantes; Comércios de órgãos e tecidos humanos; Estoque de embriões humanos excedentes; Reprodução humana assexuada; Possibilidade de ocorrer a genialidade induzida ou criação de por partenogêneses; DNA latria; Tecnologia desenvolvida do DNA recombinantes para alterar o patrimônio genético da pessoa; Catalogar o código genético da espécie humana; Bioética social; Manipulação de células somáticas para fins terapêuticos ou não; Diretrizes internacionais para pesquisas em seres humanos; Intervenção terapêutica no patrimônio cromossômico para produzir

1.3. Desenvolvimento dos estudos bioéticos

O estudo da bioética deve aproximar a população das notícias, no que se refere às inovações das ciências biomédicas, engenharia genética, embriologia e tecnologia aplicadas à saúde.

A bioética tem como referência os fenômenos da vida biológica, como engenharia genética; técnica de reprodução medicamente assistida; eugénia; aborto; suicídio; greve de fome; eutanásia; enfermidades incuráveis; experimentação com o ser humano; transplantes de órgãos; relação pessoal sanatório-paciente (direito à verdade); direitos dos afetados, por enfermidades contagiosas, como também os direitos das futuras gerações.

Em virtude dos avanços acima no que se refere à biologia molecular e biotecnologia, houve a necessidade do desenvolvimento da bioética, nas seguintes questões:

- Denúncia de abusos contra o ser humano pelas experiências biomédicas.
- Incapacidade dos códigos éticos e deontológicos para guiar a boa prática médica.
- Pluralismo moral.

seres humanos perfeitos; Técnicas cirúrgicas de transplante de órgãos ou de mudança de sexo, no caso de transexualidade; Biologia molecular para reconhecimento do vínculo entre pais e filhos de vítimas de desastres ou identificação de criminosos; Criação de animais e plantas transgênicas; Degradação do meio ambiente, poluição da hidrosfera e da atmosfera. a) sociedade do atendimento médico com o desaparecimento do médico de família. b) Telemedicina – fornecido pelo CTBC Telecom aparelho que grava a frequência cardíaca do paciente e envia os dados em forma de som – ligando um call center de qualquer telefone, para que os ruídos se transformem em gráficos. c) Universalização da saúde – aparecimento de várias entidades internacionais. Ex: Organização Panamericana da Saúde e o Conselho da Europa. d) A medicalização da vida – serviços médicos – as diferentes fases da vida – embriologia – neonatologia, pediatria, clínica, médica, obstetrícia, geriatria, cirurgia estética etc. e) Emancipação do paciente – autonomia da vontade do paciente. f) Comitês de ética hospitalar e comitês para pesquisas em seres humanos. g) Institutos não governamentais preocupados com a expansão dos problemas éticos: Ex: Sociedade para a Saúde e valores Humanos, fundada em 1950 Houston; o Instituto Kennedy de Estética da Universidade de Georgetown, criado em 1971 o Hasting Center que foi fundado em fins de 1969 em Nova York. h) Necessidade de um padrão moral - pessoas de moralidades diferentes - estabelecer princípios comuns para o progresso das ciências biomédicas e da tecnologia científica aplicada à saúde. i) Interesse da ética filosófica e teológica nos temas alusivos à vida, reprodução e morte do ser humano.

- Maior aproximação dos filósofos e teólogos.
- Posicionamento e declarações dos organismos internacionais e instituições não governamentais sobre temas voltados, à nova ética médica e intervenções do judiciário. Legislativo e Executivo, sobre questões envolvendo os direitos fundamentais do homem – sua vida, saúde reprodução e morte.
- A ameaça da técnica sobre a humanidade, gerou uma ética para a civilização biotecnológica, para preservar a dignidade da pessoa humana dos abusos do bio poder.
- A ética reflete sobre o fenômeno da vida e da morte.
- A bioética aparece como domínio, reflexão que considera o ser humano em sua dignidade, e as condições éticas, para uma vida humana digna.
- A bioética é personalíssima. Analisa o homem como pessoa ou como um "eu".¹²

ANDREYA MENDES DE ALMEIDA SCHERER NAVARRO em seu livro (O Obscuro Objeto do Poder. Ética e Direito na Sociedade Biotecnológica,¹³ entende que:

“Inseminação artificial, congestionamento de sêmen e seleção de espécies, são técnicas há muito dominadas pelo homem na agropecuária, sem despertar preocupação da sociedade por tratar-se de um meio para melhorar a própria condição de vida. A utilização de meios artificiais para promover a seleção de raças humanas, tais como: a experiência nazista, sua busca pela supremacia da raça ariana e os métodos de seleção do sexo masculino empregados por povos do oriente, desencadeavam o início de uma análise das mudanças de valores pelos quais a humanidade vem atravessando. Conceitos como fertilização *in vitro* (FIV) - doação de sêmen, aluguel de útero, beneficiamento de espermatozoides, paternidade identificada por DNA, destino de embriões congelados, terapias genéticas, doações de órgãos, cirurgia para tratamento de doenças do feto, clonagem de criaturas trouxeram o material básico e os mecanismos da vida biológica do homem para os consultórios, tribunais e para os planos estratégicos das indústrias. O cerne do debate ético a respeito dos avanços biotecnológicos, inclui questões referentes à privacidade genética, à disparidade de acesso a novas terapias e do registro de patente genérica.”

¹² DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – p.1

¹³ NAVARRO, Andrey Mendez de Almeida Scherer - O Obscuro Objeto do Poder. Ética e Direito na Sociedade Biotecnológica - Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro - 2007, p. 2-3

O direito não poderia deixar de reagir, impondo limites à liberdade de pesquisa. O art. 5º IX da Constituição Federal procura equilibrar duas posições antiéticas:

1. Proibição total de qualquer atividade biomédica, que traria uma paralisação no processo científico;
2. Permissividade plena, com prejuízo ao ser humano e à humanidade.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 5º, inciso IX, a liberdade de criação científica, contudo, a pesquisa genética deve encontrar seus limites em outros valores maiores prestigiados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) a vida (CF/88, art. 5º caput), a integridade física (CF/88, art. 5º,III) a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (CF/88, art. °225, § 1º,II).

A obra de Guilherme Calmon Nogueira da Gama,¹⁴ cita os ensinamentos de Jean Bernard, em que diz:

“Identificam-se duas revoluções ocorridas nas ciências da vida, com conseqüências distintas para a ética: a) a revolução biológica, que proporciona ao homem três tipos essenciais de controle, a saber, o controle da reprodução, o controle da hereditariedade e o controle do sistema nervoso, e que “atinge o homem no seu âmago”; b) a revolução terapêutica, relacionada à medicina, ou mais exatamente, à ética da aplicação dos programas tecnológicos no tratamento e na prevenção de doenças e à ética da pesquisa clínica.”

O estudo da bioética, portanto, se desenvolve de acordo com a necessidade da matéria que surge pelo desenvolvimento da ciência, imprescindível, portanto, que haja por parte dos estudiosos as informações acerca das inovações científicas

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, 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 – Ed. Renovar – 200, p.70 – Citando o autor Jean Bernard da obra A Bioética trad. De Paulo Goya - São Paulo – Ed. Ática, 1998, p.10. Continua o autor na p.49 “No contexto da revolução biológica, mais especificamente relacionada ao controle da hereditariedade, encontra-se a engenharia genética entendida como sendo o ramo que congrega as operações e pesquisas que permitem interferências e transformações na hereditariedade, que originariamente foram denominadas manipulações genéticas, biotecnologia genética”. Na página 51 da mesma obra diz que: “Há sérios riscos no contexto da engenharia genética, com a possibilidade de transformar o patrimônio genético de uma pessoa humana...”.

ocorridas, proporcionando a busca de políticas governamentais que não só limite o desenvolvimento científico, mas que limites éticos, possam preservar a dignidade do ser humano em todos os sentidos da vida, mesmo que para isso seja necessário o intervencionismo estatal para limitar a ciência, quando esta extrapola os limites da ética.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em sua obra fala a respeito do Projeto do Genoma Humano que

“A própria existência de políticas governamentais destinadas ao financiamento de pesquisas e práticas biotecnológicas necessariamente deve considerar os limites éticos quanto ao desenvolvimento científico, intercambiando informações que permitam o avanço das ciências da vida e da natureza, como deve se verificar no Projeto Genoma Humano”.¹⁵

Outra discussão sobre o controle da ciência genética ocorreu com o estudo e descobrimento do Genoma Humano, que é a base hereditária de uma célula viva, que pode ser modificada pela engenharia genética.

Houve na época a necessidade de legalizar e controlar os avanços científicos para que a integridade da pessoa humana fosse preservada, e todas as nações se movimentaram para que houvesse um consenso a respeito do assunto.

Em novembro de 1997 ocorre a Revolução Genética e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que foi adotada pela UNESCO.

Diz a **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos** em seu art. 12:

- a) Os benefícios resultantes de progresso em biologia, genética e medicina, relacionados com o genoma humano, deverão ser disponibilizados a todos, com as devidas salvaguardas à dignidade e aos direitos humanos de cada pessoa.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, 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 – Ed. Renovar – 200, p.83.

- b) A liberdade de pesquisar, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo as aplicações nos campos de biologia, genética e medicina, relativas ao genoma humano, deverão visar ao alívio do sofrimento e à melhoria da saúde das pessoas e da humanidade como um todo.

Consta do Art. 13 que:

Dar-se-á atenção especial às responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo meticulosidade, cautela, honestidade intelectual e integridade na realização de pesquisa, bem como na apresentação e utilização de achados de pesquisa, no âmbito da pesquisa do genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. As pessoas responsáveis pela elaboração de políticas públicas e privadas no campo das ciências também têm responsabilidade especial nesse respeito.

Continuando o art. 14 diz que:

Os Estados deverão tomar medidas apropriadas para promover condições intelectuais e materiais favoráveis à liberdade de pesquisar o genoma humano e considerar as implicações éticas, jurídicas, sociais e econômicas dessa.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, não só desenvolveu-se no sentido de proteger a pessoa humana, nas pesquisas envolvendo o genoma humano, como também fixou condições legais para responsabilizar a atividade científica, imputando também aos Estados deveres específicos em relação aos temas da bioética, e da biotecnologia, condicionando-os ao dever de solidariedade e cooperação entre si, evitando-se assim que um estado supere sem o conhecimento de outro suas pesquisas e resultados.

Outro tema de estudo da bioética é o que diz respeito a células-tronco, que ocasionou diversos pensamentos divergentes pela sua alta complexidade, eis que consiste na legitimidade ou não da experimentação científica com embriões humanos.

É tema que suscita polêmicas e preocupações, muitas vezes sem solução, no que diz respeito à reprodução assistida, como também em relação às células-tronco, tendo em vista que se pode utilizar embriões já congelados, mas também buscar a concepção de outros seres humanos com o fim precípuo de mercantilizar a espécie com o único interesse pecuniário.

Contudo, grandes são as expectativas da ciência em realizar a cura de determinadas doenças com a utilização das células-tronco embrionárias, e muitas são opiniões divergentes a respeito.

Maria Garcia a respeito da matéria diz que:

“A propósito das experiências que objetivam a clonagem de órgãos humanos a partir de “um embrião que trará consigo as células-tronco”, refere, ainda, os argumentos das industriais biogenéticas de que as vantagens desse processo são muito maiores que as repercussões éticas: “O que é mais importante? A vida de uma massa embrionária ou de uma criança morrendo de câncer?” ou “imagine quantas espécies em extinção podemos salvar”?

Quanto aos estudos em relação às Células Tronco temos que:

As células-tronco são células encontradas em embriões, no cordão umbilical e em tecidos adultos, como o sangue, a medula óssea e o trato intestinal, por exemplo. Ao contrário das demais células do organismo, as células-tronco possuem grande capacidade de transformação celular, e por isso podem dar origem a diferentes tecidos no organismo. Além disso, as células-tronco têm a capacidade de auto-replicação, ou seja, de gerar cópias idênticas de si mesmas.

Os avanços das pesquisas científicas com células-tronco são muitos, pois as células-tronco podem ser utilizadas para substituir células que o organismo deixa de produzir por alguma deficiência, ou em tecidos lesionados ou doentes. As pesquisas com células-tronco sustentam a esperança humana de encontrar tratamento, e talvez até mesmo cura, para doenças que até pouco tempo eram consideradas incontornáveis, como diabetes, esclerose, infarto, distrofia muscular, Alzheimer e Parkinson. O princípio é o mesmo, por exemplo, do transplante de medula óssea em

pacientes com leucemia, método comprovadamente eficiente. As células-tronco da medula óssea do doador dão origem a novas células sanguíneas saudáveis.

Permite-se a pesquisa com embriões porque as células embrionárias seriam as únicas que têm a capacidade de se diferenciar em todos os 216 tecidos que constituem o corpo humano. As células retiradas de tecidos adultos têm capacidade de dar origem a um número restrito de tecidos. As da medula óssea, por exemplo, formam apenas as células que formam o sangue, como glóbulos vermelhos e linfócitos.

A Lei nº 11.105 de 24.03.05 (Lei da Biossegurança) aprovada pela Câmara autoriza as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, mas impõe uma barreira.

Poderão ser pesquisados apenas os embriões estocados em clínicas de fertilização considerados excedentes, por não serem colocados em útero, ou inviáveis, por não apresentarem condições de desenvolver um feto.

O comércio, produção e manipulação de embriões, assim como a clonagem de embriões, seja para fins terapêuticos, ou reprodutivos, continuam vetados.

O cientista, para essa manipulação, precisa de autorização do conselho de ética do instituto onde trabalha, como em qualquer projeto, que envolva a manipulação de material humano.

Uma vez autorizado, o pesquisador poderá adquirir os embriões diretamente das clínicas. Eles deverão estar estocados há mais de três anos e só poderão ser utilizados, com o consentimento dos pais, mediante doação. Atualmente, estima-se que o país tenha 30.000 embriões congelados.

O motivo da polêmica em torno da lei é que para explorar as células-tronco usando as técnicas conhecidas hoje, é necessário retirar o chamado "botão embrionário", provocando a destruição do embrião.

Esse processo é condenado por algumas religiões, como a católica, pois consideram que a vida tem início a partir do momento da concepção. Há perspectivas de que no futuro se encontrem técnicas capazes de preservar o embrião, o que eliminaria as resistências religiosas.

No que se refere à possibilidade de se desenvolver uma técnica para obter células-tronco sem precisar dos embriões, tem-se que no início de 2007, cientistas americanos anunciaram a descoberta de uma nova fonte de células "coringa", extraídas do líquido amniótico, que preenche o útero durante a gravidez.

Extraídas e cultivadas em laboratório, as células deram origem a vários tipos de células diferentes - ou seja, funcionam como células-tronco. Conforme os cientistas, as células-tronco extraídas do líquido amniótico não são idênticas às células-tronco embrionárias. Em alguns casos, porém, elas funcionam até melhor, dizem eles. Mas a gama de aplicações para esse novo tipo de célula-tronco, pode ser menor do que no caso das embrionárias.

Quando se fala do tamanho do embrião, para a extração das células para pesquisas se pode observar que até o momento, os cientistas conseguiram obter células-tronco de blastocistos, um estágio inicial do embrião com apenas 100 células. Um grupo de pesquisadores americanos, conseguiu extrair células-tronco de mórulas, que têm entre 12 e 17 células. Em qualquer caso o embrião é microscópico. As células retiradas são cultivadas em laboratório, e podem render material para diversos anos de trabalho.

As pesquisas a respeito de tratamentos com células-tronco, apenas no caso de leucemia e certas doenças do sangue, pode-se falar efetivamente em tratamento. As perspectivas ainda são a longo prazo, pois praticamente todas as terapias se encontram em fase de testes, embora alguns resultados preliminares sejam promissores. Os cientistas têm várias questões, a serem resolvidas como a possibilidade de desenvolvimento de tumores, verificadas em testes com camundongos.

No Brasil o que existe em termos de pesquisa, é o que ocorre, por exemplo, na Bahia, pesquisadores da Fundação Oswaldo Cruz estão tratando com sucesso, cardiopatias causadas pela doença de Chagas. No Hospital Pró-Cardíaco do Rio de Janeiro e no Instituto do Coração de São Paulo, células-tronco são usadas em pacientes que sofreram infarto. Também há estudos em vítimas de lesões medulares, diabetes do tipo 1, esclerose múltipla e artrite.

Nos Estados Unidos, o tema esteve no centro dos debates das eleições presidenciais de 2004. Em 2001, o presidente George W. Bush cortou o financiamento público para as pesquisas, permitidas durante o governo Clinton, mas depois decidiu permitir o financiamento limitado.

A lei brasileira é considerada equilibrada, e está bem próxima da legislação aprovada há poucos anos em plebiscito na Suíça. Em alguns países, como a Coreia do Sul e a Inglaterra, a legislação também permite a clonagem terapêutica.

O uso de células-tronco tem a ver com a "clonagem terapêutica", pois esta consiste na transferência de núcleos de uma célula para um óvulo sem núcleo. Este óvulo dará origem a um embrião, do qual se retiram as células-tronco.

A vantagem seria evitar a possibilidade de rejeição, caso o doador seja o próprio paciente. Em caso de portadores de doenças genéticas, há ainda a possibilidade de um doador compatível. Este tipo de clonagem é diferente da clonagem reprodutiva, que é quando um embrião clonado é implantado em um útero, com o objetivo de reprodução de pessoas.

Contudo, em vista de tantas inovações, poucas e singelas são as normas que podem limitar, fiscalizar e punir as atuações ilícitas.

1.4. Lei de Biossegurança

Biossegurança é a designação genérica da segurança das atividades que envolvem organismos vivos (bio = vida) + (segurança).

É uma junção da expressão "segurança biológica", voltada para o controle e a minimização de riscos advindos da exposição, manipulação e uso de organismos vivos que podem causar efeitos adversos ao homem, animais e o meio ambiente.

Quando se faz procedimentos específicos, para conseguir evitar ou pelo menos diminuir riscos das atividades perigosas, que envolvam organismos vivos, na verdade se está aplicando a biossegurança.

Em data 24 de março de 2005, foi sancionada a chamada "Lei de Biossegurança" (Lei 11.105/05).

A lei de Biossegurança buscou regulamentar duas situações que têm ocasionado grande polêmica, ou seja, a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados (OGM's) e a pesquisa com células-tronco.

A clonagem humana foi proibida, mas permitiu-se a pesquisa com células-tronco com embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, desde que preenchidos alguns requisitos.

Quanto à pesquisa com células-tronco, o texto aprovado, já àquela época, conseguiu agradar boa parte da comunidade científica, pois os sete vetos aplicados, não atingiram nenhum aspecto relativo às experiências com células-tronco.

As modificações concentraram-se apenas em questões jurídicas, que administram a manipulação dos transgênicos.

As perspectivas dos especialistas, em relação ao desenvolvimento de terapias para doenças crônico-degenerativas, permaneceram as mesmas. Neste sentido, está entre os principais pontos, o disposto do segundo parágrafo do artigo 5º, que libera a utilização em pesquisas de estoque de embriões, com tempo de armazenagem igual a três anos ou mais.

Desta forma, segundo opinião dos especialistas, esta permissão é bastante satisfatória, pois as condições dadas para o uso de embriões congelados, não

apresentam nenhum tipo de limitação que possa atrapalhar o desenvolvimento das pesquisas com células-tronco.

No sentido de assegurar a segurança, em todas as áreas que podem comprometer o ser vivo como a saúde e o meio ambiente.

No que diz respeito à reprodução assistida, tem-se como obrigatório o controle externo do Ministério Público, sobre todas as fases do processo de reprodução medicamente assistida, com o intuito de garantir os interesses do nascituro e da sociedade, da ordem jurídica e da defesa do patrimônio público, contra o desvio de recursos destinados à saúde, quando o procedimento tiver lugar em estabelecimento oficial.

Quando o art. 5º, § 1º da lei de Biosegurança, considera como indispensável o “consentimento dos genitores”, está o Estado-Legislator custodiando os embriões excedentes, reconhecendo e afirmando a autonomia privada daqueles que os geraram, mas que pela sua “potencialidade de vida” – ainda que abstrata e distante – merece a observância de certas condicionantes legais, e aos direitos fundamentais, precipuamente à dignidade humana, aqui não considerada como um conceito petrificado, pelo contrário, impõe dizer que uma de suas vertentes é o respeito à esfera privada.

Os critérios e princípios a serem observados, enquanto não houver uma lei específica, deverão ser extraídos, basicamente, da Constituição Federal, do Código Civil, do Código Penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei da Ação Civil Pública, da Lei de Biossegurança.

O art. 5º da Lei de Biossegurança regulariza a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa como a seguir:

- 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.

Quanto à Lei de Biossegurança, no que diz respeito ao art. 5º, houve o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral da República.¹⁶

¹⁶ **INFORMATIVO Nº 497 STF - ADI e Lei de Biossegurança - 1**

O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização. O Min. Carlos Britto, relator, julgou improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pela Min. Ellen Gracie. **ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) - ADI e Lei de Biossegurança – 2** Salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*. Esclareceu que as células tronco, embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. **ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510). -ADI e Lei de Biossegurança – 3** - Reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a

O artigo autoriza, para fins de pesquisa e terapia, estudo científico e tratamento médico a intervenção humana benéfica à saúde, o uso de células humanas, células-tronco embrionárias. Diz que esse tipo de células deverá advir de um único método: da manipulação científica, portanto produzidos em laboratórios, e não de maneira natural.

Portanto, embriões deverão ser produzidos, mediante o processo tecnológico de retirada de óvulo para fora do corpo feminino, e seja penetrado por espermatozóides masculinos.

O artigo 5º, os incisos I e II, e o § 1º, restringe a utilização do método desde que sejam observadas as condições, sem as quais é terminantemente proibida a utilização de células-tronco em pesquisas e tratamentos.

proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto. **ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) - ADI e Lei de Biossegurança – 4** - Afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.

ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) - ADI e Lei de Biossegurança – 5 Considerou, também, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei de Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada. Por fim, acrescentou a esses fundamentos, a rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Frisou, no ponto, que o § 4º do art. 199 da CF (“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”) faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, como que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX). Após, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito. **ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510).**

Quatro são as condições: A primeira como sendo o não aproveitamento de quaisquer embriões viáveis; a segunda a não-violabilidade do embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana; a terceira determina: que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a completar aquele mesmo tempo de 3 anos; e a última o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana.

Também trata da obrigatoriedade de submissão e encaminhamento dos projetos e pesquisa com células-tronco embrionárias, aos comitês de ética e pesquisa, pendendo obrigatoriamente de aprovação prévia e fiscalização, no intuito de garantir os compromissos éticos assumidos.

No § 3º, a lei proíbe toda utilização comercial do material genético que forem utilizados ou não na reprodução assistida, na pesquisa ou no tratamento, se ocorrer será considerado crime tipificado como: Comprar e vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano o seu desrespeito (art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997).

Quando a Lei foi promulgada, o então Procurador-Geral da República interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, apresentando as argumentações do Relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, e os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowisk.

Segundo Ayres Britto, na peça inicial do Procurador-Geral da República existe quatro argumentos centrais: que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; que o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário; que é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; e que a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Ratifica Cármen Lúcia que: o Procurador-Geral da República, autor da ação, afirma que seriam inconstitucionais aqueles dispositivos e que a tese central desta petição afirma que a vida acontece na, e a partir da fecundação.

Ricardo Lewandowisk acrescenta que: De acordo com o autor, o dispositivo impugnado viola o art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade humana, e o art. 5º, caput, que garante o direito à vida, ambos da Constituição Federal.

Nas palavras da Ministra Ellen Gracie: “Foram apontados na presente ação, como parâmetros de verificação mais evidentes, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput) – aqui merece aditivo para identificar esses dois primeiros parâmetros de verificação como sendo os fundamentos da própria ação de inconstitucionalidade – o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º), o dever do estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para a promoção e recuperação da saúde (art. 196) e promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, caput)”.

A discussão girou em torno dessas cinco premissas básicas, pautadas sob a postulação de direitos fundamentais, ora sustentação argumentativa àqueles que se opunham às pesquisas, ora fundamentando o oposto.

Por um lado se levantava a bandeira da inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança argumentando que os embriões humanos eram seres humanos em formação e sujeitos de direito, devendo receber proteção estatal.

Disseram que a normatização da Constituição Federal era direcionada aos já vivos, merecendo os embriões humanos proteção, contudo, diferente da já conferida aos vivos e aos nascituros. Na verdade, se utilizavam dos mesmos princípios do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, como também os princípios do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica.

A Ministra Cármen Lúcia, argumentou que: “O direito à vida não se dota, constitucionalmente, de conteúdo hermético ou identificado em sua integralidade

pela expressão normativa, conferiu-se, no caso brasileiro, à sociedade a maturação do seu entendimento sobre questões relativas”.

Complementando, Ana Carolina Lôbo diz que: “Os princípios possuem um "elevado grau de abstração e indeterminabilidade", impossibilitando sua aplicação imediata, pelo que necessitam de "atividades concretizadoras": a hermenêutica constitucional”.

Foi este o conceito básico do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade: a compatibilização de direitos fundamentais aparentemente conflitantes com o uso da nova hermenêutica constitucional.

Essas normas, princípios, tiveram que se amoldarem à situação fática que foi colocada em dúvida e são justamente as técnicas de hermenêutica, que possibilitaram a sua aplicabilidade, sem que fosse esvaziado seu conteúdo.

A rigidez constitucional, não confere aos direitos fundamentais proteção e reconhecimento absoluto, pois é perfeitamente possível que dois direitos igualmente reconhecidos se contraponham.

As palavras do Ministro Relator Carlos Britto, conclui que: "É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os imperativos da ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto... como de fato julgo totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade".

Eros Grau afirma que: "O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico".

A Ministra Cármen Lúcia atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana a incumbência de guiar o ordenamento jurídico: "A constitucionalização do princípio da dignidade humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele

impregna toda a elaboração do direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema".

CAPÍTULO II

2. BIODIREITO

2.1. Conceito

Quanto ao conceito de biodireito, nem todas as legislações concordam com a sua denominação; em Portugal usa-se o nome de Direito Biomédico, no Uruguai usa-se Derecho Biotecnológico, na Argentina Bioderecho, na França Bio-droit, no Brasil começou por denominar-se Bioética, e somente Biodireito após a regulamentação de procedimentos terapêuticos e a investigação científica.

Quando a Bioética sai do campo axiológico e é positivada no ordenamento jurídico passa a ser Biodireito. A importância da relação dá ensejo a pontos que envolvem a Ética, a Medicina, o Direito e as Relações Sociais, pois cada avanço tecnológico pressupõe a criação de normas e regras jurídicas, para disciplinar as condutas, dos que estão envolvidos, na relação terapêutica, inclusive no próprio procedimento da pesquisa.

Heloisa Helena Barboza, quando expõe a respeito do biodireito, diz que:

“Surgiu o Biodireito, não como correspondente jurídico da Bioética, mas como disciplina em construção, cuja finalidade é a normatização das práticas advindas do manancial de conhecimentos científicos modernos que têm a capacidade de interferir tanto na concepção da vida – através da FIV, quanto na caracterização da natureza do ser – a partir do deslindamento do genoma; quanto, também, na manutenção desta vida por meios artificiais – respiração artificial, circulação extracorpórea etc.”¹⁷

Muitos autores trabalham atualmente com o tema biodireito, mas o conceito de Maria Helena Diniz nos dá o real entendimento do que seja a matéria ora estudada. Segundo ela biodireito é:

¹⁷ WILDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspecto do Biodireito e da Bioética – Editora lúmen Juris Rio de Janeiro – 2007 – p. 35. Referência de - BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo. Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro - Renovar 2001.

“Estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.¹⁸

Biodireito é assim, o direito que estuda a vida, que tem o seu interesse relacionado com a vida.

Mas o que é vida?

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira traz a seguinte definição de **vida** (do latim *vita*):

"Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte."

A bioética se divide em macro e micro-bioética, sendo esta uma restrição daquela, neste sentido o biodireito pode ser visto, como uma restrição do objeto do Direito Ambiental - apesar de com este não se confundir, de forma que existem outros princípios comumente aceitos no âmbito do Direito Ambiental, e que também devem ser considerados como princípios ligados ao Biodireito, tais como: princípio da ubiquidade, da cooperação entre os povos, do desenvolvimento sustentável, preservação da espécie humana.

O princípio geral do biodireito consiste na liberdade, devidamente harmonizada ao princípio da dignidade da pessoa humana, possibilita o alcance da existência do princípio da disposição de partes do corpo humano, mas não de forma absoluta, e desde que atendidos certos requisitos: razoável falar-se em doação de órgãos, matéria que alcançou acentuado progresso, estando regulamentada no

¹⁸ DINIZ, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 8.

Brasil a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento (Lei n. 9.434 de 04.02.97).¹⁹

No que se refere à Reprodução Humana Assistida, há o princípio da paternidade responsável conjuntamente com o princípio do “melhor interesse da criança”.

Na Constituição Federal em seu art. 226 §7º, temos que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Neste sentido muitos juristas entendem que, quando a Constituição Federal se refere à prole, o faz no sentido de que o casal tem o dever do planejamento familiar, propiciando aos filhos as condições de sustento, educação, saúde e manutenção, sejam naturais ou concebidos de forma artificial.

Dentre os princípios especiais do biodireito, existe o relativo ao direito à saúde, imputando ao poder público os deveres de proteger, e promover a saúde de todas as pessoas, no que se refere ao bem estar físico, mental e social.

Na verdade a bioética surgiu como a dimensão moral, que envolvia a medicina, e posteriormente ao surgirem os princípios e regras jurídicas se transformou em biodireito, pela necessidade de normatização das condutas dos componentes da equipe de saúde.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, 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 – Ed. Renovar – 2003, p. 123- comentários de Heloisa Helena Barboza – Direito ao Corpo e doações de gametas – In: RIOS, André Rangel ET AL. Bioética no Brasil. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 46-47.

O biodireito é uma ciência.

Trata o biodireito de disciplina que busca equilibrar a liberdade individual, como também evitar os abusos, que podem causar grandes prejuízos à espécie humana. A vida em seu sentido lato e estrito deve ser preservada, por todos que têm em suas atividades o poder de modificar, alterar e até mesmo tirá-la, como é o caso do médico na eutanásia.

A história da humanidade consagra, em todas as épocas, a proteção à vida e a luta que a ciência trava para que a vida seja resguardada, contudo, a mesma ciência pode esquecer critérios, que devem ser estabelecidos, não sendo possível justificar os fins em detrimento dos meios.

Hodiernamente novas tecnologias têm sido criadas pelos cientistas. O que antigamente parecia ficção científica, atualmente é matéria de debates e pesquisas, dentro dos corredores de hospitais e de clínicas.

O homem se espanta com a rapidez com que isso ocorre, e como o direito poderia compreender em seus estatutos, tantas mudanças e tantos questionamentos que surgem a respeito dessas inovações?

Não há tempo suficiente, para que a legislação possa acompanhar de forma efetiva, os problemas, eis que estes surgem a cada descoberta e elas ocorrem a cada dia.

Em curto espaço de tempo, jamais se ouviu sobre certos assuntos que hoje faz parte do comportamento humano, na verdade acostuma-se com as novidades e banaliza-se muito facilmente abusos cometidos.

O comportamento, por vezes constrangido pelo sentimento de apostasia, já não possui mais um contato imediato com o espanto, a notícia não corta mais o coração.

Ao mesmo tempo em que a ciência avança a um rumo desconhecido, a preocupação com o resultado é geral, em todos os seus aspectos, e àqueles que estão de alguma forma, envolvidos.

O desenvolvimento das tecnologias gera um estudo interdisciplinar, alcançando a Medicina, a Biologia, o Direito e a Ética.

Ética que não é preocupação apenas dos médicos e biólogos, mas também dos teólogos, filósofos, sociólogos e juristas.

Que a ética tenha sido vista apenas em alguns seguimentos, sabe-se que assim sempre foi, principalmente na área da medicina, mas atualmente tudo o que diz respeito à dignidade humana, envolve questões éticas e antes mesmo que ocorra efetivamente qualquer desses problemas, já tem estabelecido o direito, diretrizes a respeito.

A vida humana é amparada juridicamente, no momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide, e daí por diante em todas as fases da sua existência, até a morte, atualmente se pode dizer até após a morte, quando a inviolabilidade do corpo, depois da morte, pois é protegido pelo direito.

Contudo, o objetivo primordial é a vida e a sua preservação, e tanto a Bioética como o Biodireito ocupam-se em discutir o significado da expressão qualidade de vida, estudo e busca para exatamente poupar e proteger o ser humano.

A ciência tenta melhorar a vida do homem, e nada do que possa importar em prejuízo deve ser acatado, o direito serve como um freio eficaz para conter abusos.

Não fosse o direito regradar a atividade humana, já não haveria limites para que determinados cientistas, utilizassem o próprio ser humano em experimentos desorientados, com o objetivo de melhorar a vida de alguns, em detrimento de outros.

Tem o ordenamento jurídico o dever de impor uma conduta que consiga organizar a convivência em sociedade, proporcionando o equilíbrio, como também não afastando do ser humano as descobertas da ciência, e ao mesmo tempo, impor limites e sanções àqueles que agem de maneira aética.

Segundo as palavras de Hans Kelsen,

“Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que, como costuma dizer-se, não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente).”²⁰

2.2. Direitos Humanos e Biodireito

Não há como estabelecer qualquer estudo a respeito da Bioética e do Biodireito, sem entrar no campo dos direitos humanos, pois todo o conjunto de preocupações, com a vida e o ser humano, se concentra e se estabelece em torno da dignidade humana.

J. J. Gomes Canotilho acerca dos direitos do homem e direitos fundamentais diz que:

“As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”²¹

Segundo ponderações de Roberto Wilder:

“O Biodireito, por seu turno, seria antes uma Disciplina ligada à ética do dever, enquanto propositor de princípios e normas de ação que visem à

²⁰ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, Editora Martins Fontes – São Paulo – 1999, p. 12.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional – 5º Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 529, citando as obras de Vieira de Andrade – os Direitos Fundamentais, Coimbra, 1983, PP. 3ss.

dignidade e à integridade do ser humano, o respeito à vida, e, também, enquanto demarcador dos limites entre licitude e ilicitude. E, dentro deste aspecto, bem-estar deverá abranger todos os envolvidos nas questões”.²²

Nenhum projeto científico, nenhum valor da ciência pode sobrepujar o valor da vida, todos os ramos da pesquisa, devem visar a valorização do ser humano, sendo que as intervenções científicas em relação às pessoas devem preservar a sua integridade física, psíquica e mental dentro de todos os parâmetros éticos, jamais contrariando os direitos humanos.

Segundo Maria Garcia:

“Direitos humanos compreendem, desde a Declaração da ONU de 1948, três tipos de direitos:

1. os direitos e liberdades civis (isto é, liberdade de expressão, de associação de culto, de trânsito, dentro e fora do país; salvaguardas contra invasão arbitrária, pelo governo ou demais cidadãos, da propriedade individual);
2. direito político de participação no governo, direta ou indiretamente;
3. os direitos econômicos e sociais, como o direito ao trabalho; o direito a salário igual por trabalho de igual valor, o direito a proteção social em caso de doença, velhice, morte do arrimo de família e desemprego involuntário; o direito a uma renda condizente com uma vida digna; o direito ao repouso e ao lazer (inclusive o direito a férias remuneradas); e o direito à educação – todos eles direitos dos indivíduos, tais direitos “vêm enfraquecendo-se em nome dos direitos individuais aparta-se o indivíduo da história, reduzindo-o ao modelo abstrato, adequado nos sécs. XVII e XVIII (“quando o maior problema era liberar o indivíduo dos empecilhos ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”), sendo necessário “sem demora, redimensionar o individualismo que nos é tão caro”.²³

Todas as normas que forem criadas em relação a essas pesquisas, deverão estar de acordo com o já estabelecido e fundamentado princípio da dignidade da pessoa humana, pois nada que possa contrariar esse princípio, será aceito como meio, para um fim de sucesso, em qualquer área a ser pesquisada.

²² WILDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro - 2007 – p.36. (continuando) “Se as ciências médicas estão, através de suas descobertas no campo da genética, transformando os conceitos que se tem do que seja *ser viv, embrião, início da vida*, se a criação de técnicas neste campo está permitindo ao ser humano interferir no surgimento desta vida e destes seres, é preciso que o Biodireito reveja, também, a conceituação e a categorização dos mesmos no âmbito do discurso jurídico, para que possa, de fato, legislar sobre tais assuntos. Tanto a Bioética quanto o Biodireito ocupam-se assim, de discutir e afirmar o que de fato designa a expressão qualidade de vida e o que normativa os meio para a sua obtenção. Tal exercício envolve, é claro, não só conhecimentos atualizados e abalizados sobre os recursos e possibilidades técnico-científicos, mas também, a consciência da relatividade do que se venha considerar qualidade de vida”.

²³ GARCIA, Maria. Desobediência Civil. Direito Fundamental. Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo – 2004 – pp192-193.

Não tem sentido sobrepujar a vida de um ser humano, para melhorar a vida dos demais.

Em escala de prioridades o que é mais necessário, afastar o direito de alguns para proporcionar o bem estar a outros, ou buscar o equilíbrio entre todos, mesmo que tenham que permanecer com problemas que a ciência não consegue solucionar.

O art. 2º da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina diz que: “os interesses e o bem-estar do ser humano, devem prevalecer, sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência”.

Declaração esta que propõe aos países o uso de medidas que possam estender à todos os seguimentos sociais, os benefícios da ciência, e da tecnologia, como também a necessidade de proteção em relação às possíveis conseqüências negativas.

Durante o desenvolvimento do século XX houve acontecimentos que abalaram a noção de Estado de Direito, e o direito legislado não pode evitar as lesões sofridas pela humanidade, o que propiciou o resgate da noção a respeito das fontes legitimadoras do direito.

Ocorreu no estudo da biotecnologia, o reconhecimento de princípios que puderam assegurar a humanização do progresso científico, estabelecendo-se princípios de ordem moral.

A normatização jurídica não conseguia se amoldar aos valores éticos, necessitando assim da reelaboração de normas jurídicas com o fim de se alinhar com os valores éticos.

Esse foi o momento do surgimento do biodireito, com as necessidades de ordenamento que pudesse acompanhar os avanços biocientíficos, em relação à rapidez das pesquisas e descobertas biotecnológicas.

Daí a elaboração da *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*, de 1997, pela UNESCO, e firmada por 186 países-membros da UNESCO, na qual se reconhece nova categoria de direitos humanos – direitos da pessoa humana no campo da biologia e da genética – relativo ao patrimônio genético e formas de sua manifestação.²⁴

A Declaração da UNESCO de 1997 se insere no campo do biodireito e cria limites para todas as nações quanto à elaboração de regras jurídicas de direito interno, legislações nacionais, e à formulação de políticas públicas nos temas tratados no documento internacional.

Neste sentido a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, positivou no plano internacional o biodireito, tentando assim encontrar uma ordem ético-jurídica intermediária entre a bioética e o biodireito, com deveres aos países signatários de incorporarem em seus sistemas jurídicos nacionais o que dispunha o texto internacional.

Reconhece desta forma, o respeito à dignidade humana, ligado à justiça, através do biodireito, não comportando desta feita, qualquer medida que ultrapasse essa regra, que possa por em risco o ser humano, seja em qualquer fase da sua existência, antes de nascer, no nascimento, durante sua vida, na sua morte e após a morte.

Embora o paradigma para essa consciência é sempre a vida, o ser vivo, e as condições de preservação dessa vida, existe a proteção além da morte, a lei protege o direito dos mortos.

Contudo, a dignidade do ser humano não se restringe apenas a ser preservado vivo, mas ter uma vida digna, dentro dos padrões necessários para evitar o sofrimento, tem que haver um empenho quase que dentro dos limites da impossibilidade, para que essa dignidade seja latente e conservada.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira - A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais – Ed. Renovar – Rio de Janeiro – 2003 – p.109

Diz Elida Séguin a respeito:

“A saúde é um direito básico do homem incluído no rol dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais agasalhados na Constituição, como forma de atender aos princípios densificadores do Estado Democrático. Secularmente existe uma luta em defesa dos indivíduos contra os abusos dos mais fortes, entre eles o Estado, um dos mais importantes vilões dos Direitos Humanos. Na vida Internacional, freqüentemente o homem está só, contando apenas com a própria coragem, às vezes conseguindo sensibilizar grupos que se mobilizam na defesa do oprimido, que em geral não é caso isolado”.²⁵

A vida deve ser vivida em sua excelência, não pelo que ao homem é ofertado em bens materiais, mas em tudo o que o torna independente, forte e destemido, que lhe proporcione o bem estar, espiritual, físico, financeiro e intelectual.

Segundo Miguel Reale:

“Quando se estuda o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem. Já dissemos que o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também, que *o ser do homem é o seu dever ser*. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A Natureza sempre se repete, segundo a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria.”²⁶

Não existem para o homem, regras idênticas, que possam satisfazer os desejos de todos da mesma maneira, mas para que as diferentes necessidades possam ser supridas de acordo com o anseio de cada um, o conjunto dos estímulos exteriores, nem sempre são suficientes para os tornarem essencialmente felizes.

Existe um grito interior e uma busca insaciável que se projeta para o exterior de cada ser humano, que nem sempre se torna conhecido dos demais.

Regras iguais tornam iguais seus receptores? É possível que a necessidade de um se contraponha à necessidade de todos?

²⁵ SÉGUIN, Elida – Biodireito – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro – 2001 – p.51.

²⁶ REALE, Miguel –Filosofia do Direito – São Paulo – Editora Saraiva – 1996, p. 211. Ainda nas palavras do autor, na p.210, “O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas”.

O princípio da dignidade humana deve ser estabelecido e exercitado, quer em um elevado grupo de pessoas ou para uma única pessoa.

Em sua obra, Maria Garcia nos ensina que:

“O regime dos direitos fundamentais na Constituição do Brasil circunscreve, nas características apontadas, dois extremos ou pólos determinantes, na dicção dos §§ 1º e 2º do art. 5º, e seus incisos: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.²⁷

2.3. O Direito – As Leis Bioéticas

Existem muitas pessoas comprometidas com o equilíbrio desse sistema, e o Estado representado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tenta impedir, que os abusos e os descasos sejam constantes em nossa sociedade.

Por mais que haja empenho do Estado, quando normatiza, a fiscalização, contudo, deixa a desejar, e mais importante do que criar regras é verificar se estão sendo cumpridas, e em caso negativo, que a sanção possa ser aplicada de forma a deter os abusos cometidos.

Diante da chegada da possibilidade da intervenção humana na geração de vida, passou a existir a necessidade de se conhecer, e depois de haver um aperfeiçoamento dessas práticas, conforme nos diz Roberto Wider,

“Da ciência do Direito se espera o parâmetro seguro para o controle da intervenção e manipulação, em laboratório, da vida humana, Eis, aí, o primeiro óbice: como querer e requerer de uma determinada área do conhecimento humano certeza e segurança em um contexto cuja mais otimista das definições é: *movediço*. Tais parâmetros ainda estão se construindo. Até adquirirem condições de confiabilidade, há uma longa jornada a percorrer. Ousamos acompanhar os primeiros passos.”²⁸

²⁷ GARCIA, Maria, *Desobediência Civil – Direito Fundamental* – Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo – 2004 – p.210.

²⁸ WILDER, Roberto, *Reprodução Assistida, Aspectos do Biodireito e da Bioética*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007, p.33.

Enquanto as normas precisas, não são formuladas, com relação ao procedimento do cientista ou do biomédico, valem as regras produzidas no âmbito da chamada ética profissional médica. Não que essas regras possam ter a eficácia necessária, mas evitam, de alguma forma, prejuízos maiores no que diz respeito à vida.

Mesmo que todo o empenho do Estado fosse voltado para uma normatização abrangente, seria impossível essa normatização, justamente pela rapidez com que as pesquisas se desenvolvem, e as descobertas no campo biomédico, ocorrerem em ritmo acelerado.

Seria uma corrida contra o tempo, e a burocracia com que uma norma é aprovada, jamais possibilitaria o encontro desses interesses, impedindo de certa forma a aplicação legal aos casos concretos.

Diz Aline Mignon de Almeida:

“O Estado tem o dever de dar acesso a todos com relação aos avanços em medicina preventiva (exames, remédios, vacinas etc.), ter-se-á uma população mais saudável e conseqüentemente, mais produtiva, gerando riquezas e não onerando o Estado com aposentadorias por invalidez, leitos ocupados por quem não precisaria estar ali se houvesse uma medicina preventiva eficiente (art. 196 da CF).²⁹

A necessidade mundial, de respostas às indagações a respeito da bioética, tem problematizado, e ao mesmo tempo, ampliado, o acervo de normas e preocupações a respeito de cada tema e conflito.

Durante o século XX, surge um novo ramo da ética, denominado **BIOÉTICA** que teve início na “revolução biológica”, em decorrência da preocupação com a ética da vida humana, que foi a descrição da estrutura molecular do DNA pelos pesquisadores James Watson e Francis Crik, em 1953, descoberta imprescindível para o desenvolvimento da genética médica.

²⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de – Bioética e Biodireito – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro – 2000 – p. 9.

Após 1970, foram desenvolvidas muitas técnicas, para permitir o isolamento e a purificação de genes específicos, num processo chamado clonagem gênica³⁰

Através da análise da molécula de DNA é possível a delimitação de regiões específicas, a sua obtenção em grande quantidade e a determinação de sua seqüência.

Atualmente, a “tecnologia do DNA recombinante”, como se convencionou, este conjunto de técnicas, é usado para o estudo dos mecanismos de replicação e de expressão gênica, na determinação da seqüência de um gene e, conseqüentemente, da proteína que ele codifica, assim como para o desenvolvimento de culturas microbianas capazes de produzir substâncias.

Em 1976, o Conselho da Europa estabeleceu que o prolongamento da vida, não deve constituir objeto exclusivo da classe médica; no ano de 1982, incluiu-se no Catálogo dos Direitos Humanos, a intangibilidade da herança genética perante as intervenções artificiais.

Em março de 1985, em Viena, em reunião ministerial houve por bem abordar temas relacionados à eutanásia, à experimentação com embriões, novos métodos de procriação.

Os avanços tecnológicos motivaram discussões a respeito de sêmen de óvulos, com a utilização de úteros de mães alheias, e indagações sobre a fecundação *in vitro*, material genético e processo procriativo e outros.

³⁰ O principal processo da “tecnologia do DNA recombinante” é a clonagem gênica, que consiste no isolamento e na propagação de moléculas de DNA idênticas. A clonagem gênica compreende pelo menos dois estágios: em primeiro lugar, o fragmento do DNA de interesse, chamado de inserto, é ligado a uma outra molécula de DNA, chamada de vetor, para formar o que se denomina de DNA recombinante; em segundo lugar, a molécula do DNA recombinante é introduzida numa célula hospedeira compatível, num processo chamado de transformação. Mantém a célula hospedeira, que adquiriu a molécula de DNA recombinante, conhecida então como, “transformante” ou célula transformada, em condições ideais, sofre muitos ciclos de divisão celular, produzindo uma colônia que contém milhares de cópias de DNA recombinante. A respeito, CF.USP. introdução sobre DNA – Apostila do Curso de Genética Molecular e tecnologia do DNA recombinante. Genética Molecular e Tecnologia do DNA recombinante. Disponível em: <http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>>. Acesso em: 13 out.2008.

Discute-se no campo da bioética os riscos de mutações progressivas sobre os seres vivos (vegetais, de animais e seres humanos).

As declarações depois da segunda guerra mundial enfatizaram a garantia da vida humana, como direito individual fundamental.

A engenharia genética e as técnicas de DNA/RNA recombinante deram ensejo a surgir em todo mundo legislações acerca da biossegurança, inclusive com enfoque dessa tecnologia. A comunidade Européia definiu suas diretivas, 219 e 220, em 1990, para proteger a saúde humana e o meio ambiente.

O *United Nations Environment Programme* lançou o *International Technical Guidelines for Safety in Biotechnology*, procurando referências na Convenção de Diversidade Biológica para evitar riscos na conservação da biodiversidade do planeta.

A UNESCO tem um Comitê Internacional de Bioética (CIB) com o fim de evitar que os conhecimentos científicos e técnicos não sejam utilizados para fins auto-destrutivos.

O Brasil promulgou a Lei de Biossegurança - Lei nº 8.974 em 1995, que dispõe sobre as aplicações das técnicas de engenharia genética.

A Declaração de Bilbao decorrente do *Encuentro Internacional sobre el Derecho* ante o Projeto Genoma Humano, que trata dos enfermos em fase terminal.

Em setembro de 1993, a reunião de Chicago, com a Declaração de uma ética Global.

A Resolução nº 10 do Conselho da Europa (Comissão de Saúde e Assuntos Sociais, em 29 de janeiro de 1976), de Estrasburgo recomenda ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em especial os da saúde, que proponham aos Governos Estados-membros a atenção dos médicos sobre a informação aos enfermos da sua enfermidade, e informações sobre o tratamento.

A Resolução nº 1 de 1988 foi criada no Brasil pelo Conselho Nacional da Saúde, órgão do ministério da Saúde, em que se estabeleceram níveis de riscos e forneceram orientações normativas para a boa conduta ética e de segurança, para serem observadas nas pesquisas em saúde.

O Conselho Nacional da Saúde aprovou em 1966 a Resolução nº 196, em que revogou a anterior e incorporou os princípios básicos da bioética, ou seja: autonomia, beneficência, não maleficência e o da justiça.

2.4. Princípios Constitucionais

Princípios, segundo escreve J. J. Gomes Canotilho:

“São normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica”.³¹

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, dos direitos individuais, contém entre eles o direito à vida, à liberdade em todos os sentidos, e à igualdade. Tais direitos são assegurados a todos.

Ao conceituarmos vida, entendemos que o conceito é subjetivo, pois existem pessoas religiosas, e para elas essa palavra tem uma dimensão maior.

Em todos os campos do estudo do direito, a vida é um bem a ser preservado sob qualquer circunstância, e seu valor é universalmente certo.

Existem determinadas situações em que é preciso redefinir quando começa e quando termina a vida, definir quem é o indivíduo, a pessoa humana, que pode ser considerada sujeito de direito.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional – 5º Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 529, citando as obras de Vieira de Andrade – os Direitos Fundamentais, Coimbra, 1983, pp. 3ss.

No art. 5º e no art. 1º, III, da Constituição Federal estão inseridos os direitos e garantias individuais e coletivos, e só quem é indivíduo pode ter assegurado estes direitos.

O caput do art. 5º, norma constitucional, cláusula pétrea, ou seja, norma intangível, em que contra ela nem mesmo há o poder de emendar, assegura “a inviolabilidade do direito à vida”, sobre o qual existe uma força impeditiva a toda legislação que surgir para contrariá-la.

O art. 1º, inciso III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”.

Analisando esse preceito, pode-se notar que em muitas situações, a dignidade humana é ofendida, sendo que uma delas é restringir o exercício da liberdade, como bem traduz o princípio da autonomia.

Poderíamos ainda dizer que, apesar do princípio da autonomia, devemos antes respeitar o próprio sentido do direito, pois ele só começa para cada pessoa, na limitação do direito do seu próximo, ou seja, enquanto a autonomia de um não atinja o direito de outrem.

Traz o art. 3º da Constituição Federal que, o Estado brasileiro tem que promover o bem de todos, sem qualquer discriminação ou preconceito.

Bem sabemos que esse preceito não é totalmente atendido pelo Estado, em todo o sentido da dignidade humana, o Estado tem muitas vezes se omitido em detrimento do cidadão, quer junto à saúde, à educação, à habitação, muitos cidadãos não têm acesso, e se o tem é de forma precária e provisória.

Quanto ao princípio constitucional da igualdade, é outro preceito que deve integrar o perfil do cidadão brasileiro, mas na prática nem sempre existe a possibilidade de exercício, pois como tratar a todos de maneira igual com tantas desigualdades.

Segundo José Afonso da Silva:

“Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situação iguais e tratamento desigual a situação desiguais, a Constituição veda distinções de qualquer natureza (art. 5º, *caput*).³²

Os arts. 5º, (III), 6º e 144 da Constituição Federal, abordam o princípio da segurança, garantindo a integridade física e moral, notamos que embasa os princípios éticos da não maleficência e da beneficência, garantindo assim a integridade física, impedindo que experimentos científicos, possam impor sofrimento injusto ao homem.

O art. 5, XIV da Constituição Federal assegura o direito à informação e resguarda o sigilo que também é protegido pelo direito à intimidade, constrói exatamente o princípio da autonomia da vontade, pois sem o direito à informação médica, o paciente não poderia tomar a decisão do tratamento, por exemplo, e assim estaria sem a liberdade consciente de escolha, o que já não se pode dizer do sigilo, eis que este, em muitas circunstâncias deve ser mantido.

O sigilo em detrimento da sociedade, como no caso de doença contagiosa, este não deve ser mantido de forma alguma.

O art. 196 da Constituição Federal fala a respeito da saúde, e que esta é dever do Estado, e este tem além de preservá-la, o dever de colocar à disposição do cidadão, todas as inovações médicas e os avanços tecnológicos.

Dever que se traduz em cuidados na prevenção de doenças, como medidas profiláticas, evitando assim a doença, através de recursos sanitários, vacinações e atendimento médico ambulatorial, eficientes à sociedade no Brasil.

No art. 203, I da Constituição Federal temos assegurado a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, sendo dever do Estado a proteção à família.

³² SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo – 28ª edição – Malheiros Editores - São Paulo – 2007, p. 223.

Tratam os artigos 226, §§, 7º e 8º, da Constituição Federal, do planejamento familiar em que dá a liberdade ao casal de livre decisão, no sentido de que estes estabeleçam ao seu livre arbítrio a quantidade de filhos que pretendam ter, tendo ainda do Estado meios assegurados para o exercício deste direito, desde que seja, acima de tudo, protegido o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

No Capítulo VI da Constituição Federal, o legislador fala do Meio Ambiente, como um complexo de relação entre o mundo natural e os seres vivos, os quais influem na vida e no comportamento de tais seres, todos vivendo neste complexo harmoniosamente, e que seus componentes, não hajam em detrimento de outros.

O art. 225 da Constituição Federal fala do equilíbrio do meio ambiente, sendo que a todos é dado o acesso, e ao Estado, o dever de defendê-lo e preservá-lo, dando às futuras gerações o direito de recebê-lo com todos os seus setores em plena ordem.

Já o § 1º, II e V, do art. 225, dispõe sobre a diversidade e a integridade do patrimônio genético, e a fiscalização de quem trabalha com material genético, seu controle, produção e comercialização, também em relação às técnicas, métodos e substância que possam trazer riscos para a vida, e a qualidade do meio ambiente.

A Constituição Federal do Brasil poderá embasar qualquer julgamento a respeito de temas que envolvam a bioética, no que ainda não há outra regulamentação, mas acima de tudo, deveria embasar o agir do cidadão e do Estado, para que não haja necessidade de julgamento ao desrespeito, mas sim embasar a forma de viver em sociedade, com as ações politicamente corretas para preservar a ordem e a dignidade da vida.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite:

“Para que os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, assim como os princípios democráticos e pluralistas sejam uma realidade

ocial efetiva, é necessário, um esforço de toda a sociedade, e não somente dos operadores do direito no sentido da concretização dessas normas”.³³

Os mesmos autores ilustram a declaração acima com um comentário de Konrad Hesse que é interessante apontar:

“A Constituição pode dar ‘forma e mudança’ à realidade a que dirige. Pode passar a atuar como a ‘força que age na natureza das coisas’. Pode, ainda, ela mesma converter-se na força atuante que opera na realidade social e política, condicionando-a. Esta força poderá impor-se tanto melhor, frente a eventuais resistências, quanto mais assentada se encontre na consciência geral a idéia de inviolabilidade da Constituição, quanto mais viva se encontre, sobretudo, na consciência dos responsáveis pela vida constitucional”.

“As normas que integram, o Direito Constitucional não são só mandatos abstratos que, alheios à realidade, se contrapõem a esta, de forma totalmente inconexa, o que, dialeticamente, correlativamente, ou do modo que seja, se coordenam com a mesma por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas transformam-se em letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana, mediante sua aplicação e observação diária. Só assim o Direito Constitucional é ‘realizado’ por e em tal conduta, alcançando a realidade de um ordenamento vivido, formador e conformador da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da comunidade. Da mesma forma, somente sob esse pressuposto pode ter relevância o Direito Constitucional para a vida da Comunidade, também para uma aproximação jurídica, onde o importante seja esse ordenamento real, e não um sistema abstrato, pois só pode importar o Direito Constitucional como algo realizado e a realizar”.³⁴

2.5. Princípios bioéticos

Possui a bioética quatro princípios básicos que são: da autonomia, da beneficência, da não maleficência, e da justiça.

Tais princípios são imbuídos de extrema necessidade, quando se discute assuntos ligados à vida e à saúde dos seres vivos.

O princípio da autonomia e o da liberdade individual, diz que a própria pessoa sabe o que é melhor para si, desde que essa pessoa esteja com plena consciência, o médico deve colocar ao paciente todas as informações a respeito do

³³ WOLKMER, Antonio Carlos – “Os Novos Direitos no Brasil” – Natureza e Perspectivas – Editora Saraiva – 2003 São Paulo – p. 63.

³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos – “Os Novos Direitos no Brasil” – Natureza e Perspectivas – Editora Saraiva – 2003 São Paulo – p. 64, obra citada em referência Escritos de Derecho Constitucional. Trad. Para o espanhol de Pedro Cruz Villalon – 2ª ed. Madrid? Centro de Estudios Constitucionales – 1992. p. 70.

seu estado de saúde, sobre os tratamentos possíveis e os riscos aos quais estará disposto.

Está este princípio ligado ao consentimento do paciente e para que isso seja possível, necessário é oferecer a completa informação para que o consentimento seja livre e consciente.

Quando o paciente for menor ou maior incapaz, será necessário que esteja sob os cuidados de responsáveis ou de parentes próximos, e não sendo possível, somente através de uma ação judicial, na qual o juiz decida o melhor para o incapaz.

O princípio da beneficência já é um princípio da atividade que se refere à atividade médica como também o princípio da não maleficência, pois é o médico quem deve informar o paciente dos riscos e benefícios, mas a decisão final caberá ao paciente.

O princípio da não-maleficência significa que não se deve praticar mal algum ao paciente. O médico deve fazer de tudo para evitar riscos desnecessários ao paciente. Muitas vezes esse princípio entra em choque com o princípio da autonomia, pois na visão do paciente, o tratamento pode ser visto como um bem, e na visão do médico como um mal.

Se o tratamento for aplicado apenas para prolongar a vida do paciente, com alguma probabilidade de dar certo, o paciente poderá recusar o tratamento mesmo contra a vontade do médico.

O princípio da justiça comanda que ela deve ser distributiva, isto quer dizer que a todos seja dado o direito de receber o tratamento adequado, independentemente das condições financeiras do paciente. Todas as pessoas devem ser tratadas igualmente.

O que na teoria é fácil explicar, na prática ao contrário, é muito difícil, pois no Brasil os direitos básicos elencados na Constituição Federal, na verdade são privilégios de pequena parte da sociedade, eis que grande parte de pessoas da sociedade, estão expostas aos mais diversos sofrimentos e desrespeitos.

Quando se passa em frente a qualquer ambulatório médico, do serviço público da saúde, pode se contemplar intermináveis filas, de pessoas desanimadas, mal nutridas e doentes.

Além dos princípios acima, alguns teóricos acrescentam mais dois princípios, o da qualidade de vida e o princípio da alteridade.

O princípio da qualidade da vida apóia a idéia de que só vale a pena viver se a pessoa possuir capacidade para viver com dignidade. Nesse sentido a pessoa pode decidir se quer continuar vivendo, não tendo mais uma vida digna, ou interromper os meios artificiais de prolongamento da vida.

Já o princípio da alteridade significa o respeito pela outra pessoa, significa colocar-se no seu lugar, convivendo com harmonia e divergências e sendo respeitado por isso.

Desta forma, para a bioética como para o biodireito, o que importa não é somente a sobrevivência física do ser humano, mas uma vida que tenha todos os princípios da dignidade efetivamente amparados.

As lições de Maria Helena Diniz nos ensinam que:

“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. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de que buscam o progresso científico em prol da humanidade”.³⁵

A bioética, portanto, nasce do cruzamento da ética com as ciências biomédicas, e é na verdade área de conhecimento interdisciplinar, que estrutura os códigos de conduta profissional dos médicos e dos cientistas, como também passa a discutir temas que interessam à toda à sociedade.

³⁵ DINIZ, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 19.

Roberto Wider cita os dizeres de Rita Maria Paulina dos Santos quando esta afirma que:

“O Direito Constitucional relaciona-se com a Bioética, na medida em que “o profissional da área jurídica, ao se deparar com as novas indagações, em decorrência das novas tecnologias, deve sempre decidir a questão baseado nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do corpo humano e direito absoluto à vida. Algumas vezes, sem dúvida, essa decisão será muito difícil, pelo fato de serem aplicáveis ao mesmo caso vários princípios. Deve, entretanto, o juiz decidir qual princípio, no caso concreto, prevalecerá. Vale dizer, interpretar a norma”.³⁶

Na prática, atender a todos os princípios da Bioética não é tarefa fácil, em se tratando da atuação dos médicos, principalmente dentro de grandes hospitais, e se torna impossível, se não houver uma equipe de estudiosos que possam orientar juridicamente casos que surgem e necessitam de um tratamento diferenciado, pela importância dentro das especificações do interesse da bioética.

Junto à obra de Claudio Cohen e Maria Garcia verifica-se o comentário sobre a matéria, nas palavras de Chian Na Lin:

“A aplicação dos princípios da Bioética é um grande desafio diário em todas as áreas de atuação das especialidades médicas, envolvendo todas as equipes multiprofissionais dedicadas ao cuidado dos pacientes. Em Clínicas Médicas, este desafio requer um enorme esforço e renova-se a cada nova descoberta de terapêuticas (como e quando prescrever, e quais os efeitos colaterais?), a cada crise de piora das doenças crônicas, a cada recusa do paciente em seguir as orientações, a cada conversa com os familiares a respeito do prognóstico (falar ou não falar do real prognóstico ao paciente?) e a cada segunda opinião técnica (existe o respeito pela autonomia dos profissionais e dos pacientes?); enfim, são situações quotidianas em que muitas vezes aplicamos, ou não, os princípios da Bioética sem ao menos perceber.³⁷

³⁶ WILDER, Roberto, Reprodução Assistida, Aspectos do Biodireito e da Bioética, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007, p.31, na p.35.”Heloisa Helena Barboza, em seu estudo a respeito deste tema, acrescenta que: “Em sua concepção alargada passou a designar os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas, problemas estes que atingiram de modo amplo, certamente em proporção direta com o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação, o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam “momentos” ainda não “dominados” . talvez essa possibilidade – de controle da vida – mais do que qualquer outra tenha despertado a humanidade para a necessidade de preservá-la, estabelecendo limites para o atuar da ciência.” BARBOZA, Heloisa Helena, Novos temas de Biodireito e Bioética, Rio de Janeiro, Editora renovar, 2003.

³⁷ COHEN, Claudio e Maria Garcia – Questões de Bioética Clínica – Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – Editora Elsevier - Rio de Janeiro – 2007. P. 87 - Continua Chin Na Lin: “Questões como a terminalidade da vida e os cuidados envolvidos no final da vida, bem como eutanásia, ortotanásia e distanásia, são assuntos que foram debatidos exaustivamente e geraram pareceres os quais impulsionaram a melhora no atendimento desses temas e discussão de âmbito ultra-institucional que resultou na

CAPÍTULO III

3. REPRODUÇÃO HUMANA

3.1. Evolução histórica

Desde a criação do homem, a família foi protegida por normas naturais, passando posteriormente para as normas jurídicas.

Naturais, no que diz respeito à maneira como o ser humano mantém as características dos pais, em seus filhos biológicos, ou seja, filhos nascidos pelas vias normais, entre o relacionamento do homem e da mulher, e jurídica quando as relações familiares, nem sempre biológicas, encontram amparo na normatização para que filhos completem o núcleo familiar.

O ter filhos advindos do relacionamento entre o homem e a mulher, quando se unem em casamento, é, e sempre foi considerado pela maioria das civilizações, como uma forma de tornar o homem imortal.

A esterilidade ao contrário, uma maldição familiar, um fato que traz vergonha, tristeza e desolação.

Desde as mais antigas civilizações, o problema da esterilidade assolou várias famílias que se compunham do marido, da mulher e de uma serva, que por não ter a mulher condição para procriar, havia a serva com quem o marido se relacionava e assim esta daria à luz os filhos, que não conseguia ter com a mulher com quem se unira, e que se sentia envergonhada pela situação.

resolução do Conselho federal de Medicina, autorizando a prática de ortotanásia. Na área de relacionamento entre o paciente e os profissionais de saúde e entre os profissionais de saúde, embora fosse mais de interesse ético, foram produzidos pareceres interessantes que vem a enriquecer a nossa experiência. A área de Clínica Médica é profícua nas questões de Bioética, e é no seu dia-a-dia, no ensino, no atendimento e na pesquisa que se percebe a importância da Clínica Médica na prática e no ensino dos princípios da Bioética”.

A Bíblia no livro de Gênesis depois da criação do homem e da mulher, no capítulo 4, versículo 1º consta que: “E conheceu Adão a Eva, sua mulher, e ela concebeu e deu à luz a Caim, e disse: Alcancei do Senhor um homem”.

Existe, portanto, desde o início da humanidade o desejo de união entre o homem e a mulher e o da procriação, sendo que em algumas culturas a esterilidade é vista como maldição, vergonha e motivo para repudia da mulher pelo marido.

A história mostra que Gregos e Romanos tinham o entendimento do dever cívico em relação ao matrimônio, que visava à procriação e assim o surgimento da prole.

A família romana era caracterizada pelo *pater familias*, que tinha a função de sacerdote, chefe e juiz, exercendo o *patria potestas*, que era a autoridade máxima que tinha em relação aos filhos, netos e bisnetos. Nota-se daí a característica básica da família romana: o patriarcalismo.

Segundo o patriarcalismo, o chefe da família era o *pater*, chefe absoluto, pois somente a ele cabia o exercício dos seguintes direitos: *dominica potestas* sobre os escravos; *dominiun* sobre os bens; *manus* sobre a esposa; *patria potestas* sobre os filhos e *mancipium* sobre as pessoas.

A monogamia era uma característica importante da família romana, eis que só se podia ter uma esposa ou um marido que fosse legalmente estabelecido, através das justas núpcias, *justae nuptiae*, ou seja, o casamento legal.

No que se referia à paternidade, no Direito Romano, ela era atribuída, aquele que era casado com a mãe, era o casamento que formava a família, ao legalizar as relações sexuais que originavam os filhos. A maternidade era sempre certa, *semper est certa mater*, pois como asseveram vários estudiosos, a maternidade é sempre exposta, não consegue ser escondida, pelo tempo em que se estende e pelas formas da mulher que está gestante.

O que se esperava das uniões era a procriação, e isso não ficou no passado longínquo, há poucos anos, matrimônios eram realizados somente com o fim da procriação, sem que houvesse entre os nubentes qualquer conhecimento ou afeto, pois que muitos se conheciam em datas próximas à data do casamento.

O fim era manter a família, os bens, o nome familiar através da prole que se esperava então, nascesse daquela união.

O cristianismo modificou determinados comportamentos do homem, buscando no fortalecimento dos casamentos a proteção necessária à família.

A família, portanto, foi alvo de proteção da maioria das civilizações, e com os aspectos apresentados pelo cristianismo, muitas foram as mudanças, no sentido de preservação dos laços familiares.

A legislação não ficou apática a essas mudanças, buscou-se, portanto, alicerçar a nova visão familiar através de normas de proteção, como ocorreu no Brasil em relação à Constituição Federal de 1988, em que se estabeleceu proteção à união estável e monoparental.

Contudo, ainda persistia o problema de grande parte das famílias, que mesmo protegida legalmente e espiritualmente, não conseguiam solucionar a esterilidade.

Se uma das grandes razões das uniões era o surgimento da prole, esta razão muitas vezes, foi frustrada pela falta de possibilidade da procriação.

O nascimento de um filho, sempre foi almejado por grande maioria dos seres humanos, a espera se envolve em diferentes sentimentos que pode ser experimentado pelos pais, conforme relata GABRIEL CHALITA: “A notícia de que um novo ser virá ao mundo enche os pais de prazer e susto, de desejo e medo. De doce e aflita expectativa.”³⁸

³⁸ CHALITA, Gabriel – Educação. A solução está no afeto, São Paulo. Ed. Gente. 2001, p. 26.

3.2. A reprodução humana

A reprodução humana, biologicamente falando, que se dá entre o relacionamento sexual de um homem e uma mulher, portanto, de maneira natural, abaixo será estudada como conhecimento, para se conseguir entender o que a ciência na imitação do que é tão natural entre os seres vivos, consegue fazer em seus laboratórios.

A fecundação, que se dá da união do óvulo com o espermatozóide, é o início da vida, e, é a partir desse momento que o ser humano tem a primeira decretação de um direito, o de vida.

A legislação brasileira concede ao homem, o direito à vida, desde o momento da fecundação.

É o que diz o art. 2º do Código Civil Brasileiro, em que discorre: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

Começo da personalidade natural, que se inicia com o nascimento com vida; nem por isso, entretanto, são descurados os direitos do nascituro.³⁹ Segundo ainda nas palavras de Washington de Barros Monteiro,

“Para que ocorra o fato do nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada pelo cordão umbilical. Não importa que o parto tenha sido natural, ou haja intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora do tempo. Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém nascido haja dado sinais inequívocos de vida, como vagidos e movimentos próprios. Também a respiração, evidenciada pela docimasia hidrostática de Galeno, constitui sinal concludente de que a criança nasceu com vida.”

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto - Curso de Direito Civil – Parte Geral – São Paulo, Editora Saraiva – 2003, pp.64/65. Continuando o tema o autor menciona que: “Requer a lei, portanto, dê o infante, sinais inequívocos de vida, após o nascimento, para que se lhe reconheça personalidade civil e se torne sujeito de direitos, embora venha a falecer instantes depois. Como desde logo se percebe, é de suma importância tal indagação, de que podem resultar importantíssimas conseqüências práticas. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos. Se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade, adquire e transfere direitos.”

Várias são as técnicas para evitar a concepção, e vários os métodos abortivos, para que o produto da fecundação seja expelido, impedindo assim a fecundação no primeiro caso e a gestação no segundo.

O contrário da situação acima colocada é a busca pela paternidade ou maternidade, em que homens e mulheres esperam ansiosamente o momento da notícia da gravidez, desejada, almejada, mas nem sempre obtida.

A frustração da espera traz um grande desgaste emocional ao casal, que anseia por um filho e a medicina, na tentativa de solucionar o problema, há muito vem pesquisando a melhor maneira para que isso possa ser possível, com melhor técnica e menor custo às famílias que delas necessitam.

No passado, muitas foram as tentativas, e diferentes os métodos, que de certa forma, trouxeram resultados positivos a muitos casais que tiveram suas esperanças realizadas.

Para se entender a maneira como isso ocorre, é necessário conhecer todas as etapas para que a concepção se efetive, de acordo com a ciência, e através desse conhecimento, os cientistas na imitação do modo natural conseguiram encontrar uma forma artificial de estabelecer o complexo momento do início da vida.

Em primeiro lugar, necessário conhecer o organismo humano, que é composto de bilhões de células, que se dividem em duas classes, as somáticas e as germinais. As somáticas são as células corporais que não se confundem com as células germinais.

As células somáticas trazem em seu núcleo as informações genéticas e são distribuídas em quarenta e seis pares de cromossomos.

As células germinais são as relacionadas com a formação dos gametos responsáveis pela reprodução do ser humano. Na mulher é os óvulos e no homem os espermatozoides, que têm em seus núcleos, a metade do número de cromossomos existentes nas células somáticas, ou seja, vinte e três cromossomos.

A reprodução humana se dá pela fusão dessas duas células germinais ou reprodutoras, dando origem ao ovo ou zigoto, iniciando-se assim um processo mitótico, no qual os cromossomos e a informação genética continuam iguais, e não haverá qualquer tipo de alteração.

No momento em que ocorre a fertilização, que é a penetração do espermatozóide no óvulo, os dois gametas dos genitores formam o zigoto, que tem em seu interior uma nova vida individual, formado pela metade dos cromossomos da mãe e a outra metade dos cromossomos do pai.

Essa é a maneira natural do surgimento do ser humano, que não deve ser confundida apenas com um momento biológico, em que são misturados elementos químicos, mas muito além do processo humano, algo espiritual, a permissão de que um novo ser possa estar sendo liberado para viver nessa terra.

Um envolvimento de duas vidas, que de alguma forma se completaram e trouxeram a possibilidade de fecundação do filho que nasce neste mundo, aliado à essa permissão que transcende a nossa intelectualidade.

CAPÍTULO IV

4. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

4.1. Evolução histórica

Os avanços biotecnológicos, ao mesmo tempo em que buscaram a proteção da união familiar, possibilitaram a procriação artificial, o que no início se desenvolveu lentamente; atualmente técnicas estão sendo desenvolvidas, em curtos períodos, e quando se absorve um método, outro melhor já existe.

Historicamente as técnicas de inseminação artificial, foram aplicadas no século XIV em animais, pelos árabes para a reprodução de cavalos de raça e a melhoria de seus plantéis.⁴⁰

Até o século XV a esterilidade era considerada somente um problema feminino, não se admitia a possibilidade de o homem ser estéril. Somente no século XVII é que se admitiu a esterilidade masculina.

No século XVIII ocorreu a primeira experiência com a inseminação artificial humana, com o inglês Jonh Hunter, que usou a esposa de um comerciante de linho em Londres como cobaia.

Vários eram os conflitos em relação a esta técnica, como por exemplo, que a inseminação retiraria o prazer sexual na procriação, o fato de que também existindo a infertilidade masculina, nada impediria ter o homem a função sexual, e por fim a de que para a inseminação, necessário seria a masturbação, prática ilícita para a igreja católica no século XIX.

⁴⁰ SCARPARO, Mônica Sartori, Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais, Rio de Janeiro, Ed. Forense. 1991, p. 89.

Em 1875 e 1890, pesquisadores utilizaram coelhos, morcegos e macacos para a fertilização *in vitro* e em 1890 Happe, em Calcutá, e Buckley realizaram a transferência de embriões entre coelhas grávidas, contudo, não obtiveram êxito.

Quando em 1878 e 1958 outras experiências foram realizadas, desta vez com óvulos de mamíferos, contudo, somente em 1953, Smith conseguiu o congelamento de embriões em fase de pré-implantação. Whittingham e Wilmot, como também vários laboratórios promoveram outras experiências, e com isso grandes descobertas, não se importando com os limites morais, religiosos e científicos.

No ano de 1945 mais de 25.000 nascimentos fecundados por inseminação artificial foram registrados, inclusive houve vários embarques de espermatozoides de soldados do exército norte-americano, durante a segunda guerra mundial, para fecundarem suas mulheres, para assim preservarem as suas descendências.

Pesquisadores do século XIX concluíram que a fecundação se dava pela união do espermatozoide com o óvulo quando da relação sexual, e o gameta fecundado então era a origem do ser humano.

E no final deste século o Dr. Sanchez Martin fez sua primeira experiência na Faculdade de Medicina em Valência, Espanha, sendo que apresentando seu invento à sociedade Ginecológica espanhola, foi seu invento rechaçado por ferir a moral e os bons costumes da época.⁴¹

Após 1980 essa fase experimental se espalhou pelo mundo e em 1984 a Sociedade Americana de Fertilidade, apresentou relatórios válidos quanto à fertilização *in vitro* que é procedimento considerado ético utilizado em caso de infertilidade e esterilidade, e no Brasil o primeiro bebê de proveta nascido foi a menina Ana Paula que nasceu em 07.10.1984.

O século XX foi marcado pelo avanço no conhecimento da medicina, ocasionando-se assim grandes descobertas no campo da genética, e a evolução que no que diz respeito à reprodução assistida.

⁴¹ CAMPOS, Ramon Herrera – La inseminación artificial, Granada, Espanha: Universidade de Granada, 1991, p. 12.

Os anos 90 foi a década da reprodução assistida no Brasil. A maioria das 130 clínicas existentes no país surgiram nesta década. Em 1993 foram realizadas 300 tentativas de fertilização artificial.

E essa evolução, teve como base a descoberta pelos cientistas James B. Watson e Francis H.C.Crick, da estrutura em hélice do DNA, dando origem à genética molecular, impulsionando o mundo científico à grandes descobertas da engenharia genética.

A engenharia genética é o conjunto de técnicas que servem para a leitura e manipulação do código genético, reprodução assistida, diagnose genética, terapia genética e clonagem, porque modifica o patrimônio hereditário do ser humano.

Desta forma a engenharia genética é o conjunto de técnicas que alteram ou modificam a carga hereditária com o objetivo de superar moléculas genéticas (terapia genética) ou para obter a concepção de um indivíduo com caracteres inexistentes em sua espécie (manipulação genética), não sendo assim, a reprodução assistida o único objetivo dessas técnicas.⁴²

4.2. Inseminação Artificial

O vocábulo inseminação é derivado do latim e originado no verbo “*inseminare*”, formado pela preposição “*in*” (em) mais “*seminare*”, que significa semente, grão, princípio, origem e fonte. É definido como sendo a forma da fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula.

⁴² Segundo MARIA HELENA DINIZ, em comentário sobre o assunto, inclui as ponderações de Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, que define a engenharia genética como: “**A engenharia genética ou tecnologia do DNA recombinante, é um conjunto de técnicas que possibilita a identificação, o isolamento e a multiplicação de genes dos mais variados organismos. É uma tecnologia utilizada em nível laboratorial pela qual o cientista poderá modificar o genoma de uma célula viva para a produção de produtos químicos ou até mesmo de novos seres, ou seja, de organismos geneticamente modificados (OGM)** (Lei n.11.105/2005, art. 3º, VI e V), cujo impacto poderá produzir efeitos em todas as áreas da sociedade. DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – p.418.

O adjetivo artificial, também deriva do latim, “*artificialis*”, que significa: feito com arte, que resultou do substantivo “*artificium*”, palavra que serve para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade e outras no mesmo sentido.

Também se denomina concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, além de outras denominações, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito.

A inseminação como forma de fecundação artificial, significa a união do sêmem ao óvulo por meios não naturais de cópula, cujo objetivo é a gestação, e essa foi a primeira técnica que existiu, em que ocorreu a introdução do material germinativo fecundante masculino diretamente no útero da mulher.

Contudo, através desta técnica nem sempre ocorre a fecundação, ou seja, o óvulo e o espermatozóide podem não se fundirem, por alguns dos fatores do próprio corpo da mulher, como por exemplo, a época da ovulação, ou o momento correto da ovulação.

Em 1945, descobriu-se a criopreservação de espermatozóides, e atualmente essa técnica a criobiologia estuda a conservação de espermatozóides e óvulos em nitrogênio líquido à temperatura de -196° C, com preservação de sua capacidade de fertilização e desenvolvimento embrionário inicial, permitindo, assim, sua “vida” por prazo indefinido.⁴³

É importante que essa técnica de criopreservação somente é considerada lícita com a finalidade de procriação, caso contrário configura-se crime segundo o art. 13 II da lei brasileira de Biossegurança nº 8.794/95.

⁴³ FERNANDES, Silvia da Cunha – As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica – Editora Renovar – Rio de Janeiro – 2005. p.38. Continuando a autora sobre o tema da criopreservação de gametas e embriões, p. 39 da mesma obra, comentando Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. Da obra Reprodução Assistida – Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a ética e a lei - São Paulo: Gaia 2000. “Estuda a possibilidade de conservação de embriões; os quais são revestidos por uma substância crioprotetora (glicerol), que os protegerá dos efeitos do congelamento. Todavia, não existe consenso quanto ao tempo-limite para sua conservação”.

A inseminação artificial pode ser:

a) homóloga, também conhecida como “AHI” – “*Artificial Insemination by Husband*” que consiste na utilização dos espermatozóides do marido ou companheiro, colhido através de masturbação, e introduzido no útero da mulher. O médico injeta o líquido seminal na época em que o óvulo se encontra apto a ser fertilizado.

A “AHI” é utilizada quando há incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligospermia (baixo número reduzido de mobilidade dos espermatozóides), retroejaculação (retenção dos espermatozóides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.

b) heteróloga ou exogâmica também conhecida como: “AID” – “*Artificial Insemination by Donor*” que consiste na introdução do sêmen de doador fértil, contudo, não do marido ou companheiro, no útero da mulher, e para essa técnica é necessário o consentimento do casal.

Essa técnica é indicada em casos graves como doenças hereditárias, esterilidade masculina irreversível por ausência completa de espermatozóides ou quando a produção dos mesmos é alterada (azoospermia secretória), nos casos de insuficiência espermática (hipofertilidade), por anomalia morfológica (teratospermia) ou na motilidade (astenospermia), como também quando ocorrer incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, que poderia interromper a gestação.

Para esse tipo de inseminação é necessário que o esperma do doador armazenado em banco de sêmen, tenha passado por uma verificação periódica de qualidade.

O anonimato da identidade do doador é sempre preservado, havendo identificação de seu porte físico, bem como das características morfológicas, tais como: grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos.

Esse tipo de inseminação só pode ser utilizado pelo médico depois de um tempo de tentativas de quatro anos, quando a infertilidade for considerada irreversível.

c) bisseminar, quando se emprega material germinativo fecundante masculino de duas pessoas distintas, por existir insuficiência de espermatozóides do marido ou companheiro e neste caso, se mistura o sêmen do doador desconhecido do casal.

O procedimento para a inseminação artificial é feito da seguinte maneira: recolhe-se o espermatozóide do marido, companheiro ou de um doador. O esperma recolhido é observado ao microscópio para a contagem do número de espermatozóides, a porcentagem dos espermatozóides móveis (mobilidade) e sua velocidade de deslocamento (motilidade), também são verificadas, a taxa de espermatozóides normais e anormais.

Dilui-se então o esperma em uma solução crioprotetora composta por glicerol misturado à frutose, antibióticos e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos plásticos numerados, pois estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de -196°C .

Os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado de 20 anos.

A inseminação é feita por meio do depósito do esperma dentro da vagina (intravaginal), em volta do colo, dentro do colo (intracervical), dentro do útero (intrauterina) ou dentro do abdômen.

Segundo Washington de Barros Monteiro:

“Apesar dos avanços tecnológicos no campo da medicina e da genética, o legislador de 2002 não enfrentou todos os problemas atuais, cada vez mais variados e complexos. Concepção fora do útero materno, inseminação artificial, utilização de óvulos de outra mulher, as denominadas “barriga de aluguel”; conservação de óvulos e espermatozóides por tempo indeterminado para os pais – são problemas que poderiam ser enfrentados,

ainda que, em pouco tempo, pudessem tornar-se obsoletos, indo além do art. 1.597.”⁴⁴

4.3. A fecundação *in vitro*

A ectogênese ou fertilização *in vitro* caracteriza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, e depois de fecundado se introduz no útero da mulher ou no útero de outra.

Historicamente a fertilização *in vitro* iniciou-se no ano de 1944, quando Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões conseguidos a partir de mais de cem óvulos humanos extraídos de ovários e colocados na presença de espermatozóides.

No ano de 1947, Chang conseguiu transferir um ovo fertilizado e congelado entre 5 graus e 10 graus. No ano de 1953, Smith fez congelamento de embriões na fase de pré-implantação, quando comprovou que o congelamento é possível, com o desenvolvimento do ovo de mamíferos.

Robert Edwards em 1969 aplicou um procedimento com o objetivo de obter embriões, detectando o melhor momento de maturação das células germinais humanas (óvulos e espermatozóides).

Através do trabalho dos pesquisadores ingleses, Edwards, Steptoe, Taylor e Collins, a partir de 1971 surge a idéia de um tratamento hormonal para a obtenção de mais de um óvulo, para se conseguir melhores resultados, o que representou um progresso decisivo na FIV, uma vez que com maior número de óvulos colhidos em cada ciclo, maior a possibilidade de óvulos fertilizados.

Os primeiros resultados no Brasil da Fivete ocorreram em 1984, e os primeiros resultados foram discutidos pela equipe do Dr. Nilson Donadio, em um simpósio Nacional da Reprodução Humana.

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto - Curso de Direito Civil – Parte Geral –São Paulo, Editora Saraiva – 2003, p.65.

Edwards e Steptoe fizeram que ficasse devidamente comprovado que a maturação do óvulo e a transformação do espermatozóide, a fim de se tornar apto para a inseminação, são fundamentais para que a inseminação tenha sucesso.

4.4. Técnica da FIV

A técnica da reprodução *in vitro* reproduz artificialmente, num tubo de ensaio, o ambiente das trompas de Falópio, que é o local propício para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero da mulher.

É indicada nos casos de esterilidade tubária bilateral feminina ou obstrução irreversível nas trompas, hipofertilidade masculina, oligozoospermia, falha de tratamento cirúrgico tubário, endometriose e esterilidade inexplicável.

Para que se faça a inseminação utilizando-se a FIV ou Fivete é necessário que haja por parte do casal, uma série de exames, tais como: a verificação da normalidade do útero e a acessibilidade dos ovários.

Necessário examinar-se a cavidade uterina, para verificar a possibilidade de recepção e implante do embrião.

A mulher se submete ao controle dos ciclos menstruais e isso é feito através da curva de temperatura com base diária e também análise de sangue para se obter a dosagem hormonal.

O homem por sua vez é submetido ao controle da qualidade do esperma como também exames bacteriológico (espermocultura) em que se poderá verificar a presença de germes e por fim ao exame de verificação da soropositividade do HIV.

Para que essa técnica resulte em gravidez é necessário que sejam extraídos da mulher vários óvulos, que se consegue por meio de estimulação artificial ou super ovulação, os quais fecundados darão origem a vários embriões, que deverão ser transferidos ao útero da mulher.

Concomitantemente com a maior chance de engravidar, corre a mulher o risco de ter gravidez múltipla, além da produção de embriões excedentes, que estarão sem destino.

A utilização da técnica FIV, também tem suas desvantagens pelos riscos que pode trazer à vida da mulher, com complicações que poderão surgir e o risco de vida, durante a estimulação da ovulação ou das tentativas de fecundação *in vitro* como: colapsos cárdio-vasculares, ascite (presença de líquido intra-abdominal), anemia e outras conseqüências.

A necessidade de aplicação de hormônios, também é outro risco a que se submete a mulher, como efeitos colaterais a curto, médio e longo prazo.

4.5. Gravidez múltipla na inseminação *in vitro*

A inseminação artificial *in vitro* tem outra inconveniência, que é a gravidez múltipla, pois no início das experiências com esse tipo de inseminação, eram colocados vários embriões no útero da mulher.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em relatório divulgado denunciou a quantidade cada vez maior de nascimentos múltiplos de bebês, com peso baixo e com limitada capacidade de sobrevivência.

A gestação múltipla proporciona o nascimento de gêmeos, trigêmeos, sêxtuplos e até sétuplos, e na inseminação artificial, apesar de se ter a estipulação de embriões implantados, isso nem sempre é respeitado.

Os óvulos são coletados através de punção antes feita por laparotomia (incisão cirúrgica do abdômen) ou laparoscopia (exame endoscópio da cavidade peritoneal) esse feito com anestesia geral.

Para evitarem a anestesia geral, os médicos passaram a usar um método menos agressivo, em que as punções são realizadas através do controle ecográfico,

no qual a agulha de aspiração atravessa o abdome e a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra e a parede posterior da bexiga.

Quando do início das técnicas de fertilização em laboratório, não havia um meio de se evitar alguns resultados desastrosos, como a morte de fetos em massa, e a implantação pelos médicos de até dez embriões no útero.

Para resolverem o problema de excesso de embriões dentro do útero, os médicos especialistas em medicina fetal, localizavam dentro do útero os fetos, e utilizando-se de uma injeção de cloreto de potássio no coração matavam três dos cinco fetos ou quatro dos seis fetos, ou seja, não havia uma previsão do número de embriões que vingariam e a única chance de não se manter gravidez múltiplas em excesso, era matar dentro do útero alguns dos que estavam implantados.

Em parecer sobre o assunto pelos membros da Comissão de Bioética do HCFMUSP e FMUSP de 22 de maio 2003, na qual a questão era “Reprodução assistida, gestação nômupla”, no resultado do parecer, houve por bem que se fizesse a redução embrionária, nos seguintes termos:

“...estou enviando parecer sobre a proposta de conduta para o caso da paciente. O parecer é favorável ao procedimento de redução embrionária, em vista do altíssimo risco de perda total da gestação ou de prematuridade extrema, além do risco materno elevado nesta situação. Pelo exposto, voto pela redução embrionária, levando em conta os riscos que a mesma comporta. Ressalto ainda que todo e qualquer procedimento deve ser autorizado pelo paciente. ÂNGELA MAGGIO DA FONSECA – Membro da Comissão de Bioética”⁴⁵

⁴⁵ COHEN, Cláudio e MARIA GARCIA, Questões de Bioética Clínica – Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – Editora Elsevier Editora Ltda – 1ª Ed. Rio de Janeiro – RJ. - 2007 – p.103.

4.6. Congelamento de embriões

Quanto ao tempo de congelamento para a conservação dos embriões, não existe limite biológico, pois os embriões poderão ficar congelados por vários anos, ou seja, por cinco, dez, vinte ou até mesmo séculos.

Os cientistas atestam que existe a possibilidade de que a cada quatro embriões, um deles não consiga resistir ao congelamento.

Nos Centros FIV, o congelamento dos embriões facilita seu uso quando se tem a necessidade de reimplante durante outro ciclo da mulher, para que essa não tenha a necessidade de passar por novas induções hormonais, recuperações de óvulos e todas as dificuldades acima elencadas.

Apesar de congelados, apenas metade dos embriões sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento, pois quando são utilizados para a transferência ao corpo da mulher, os que estavam congelados são descongelados, para serem implantados, e por esse motivo, novas técnicas de congelamento e descongelamento estão sendo desenvolvidas para um melhor resultado.

Para melhor entendimento do que vem a ser a técnica de criopreservação apontamos, o estudo apresentando por Silvia da Cunha Fernandes a respeito:

“Tanto o congelamento como o reaquecimento, exige uma técnica extremamente precisa, de modo a não destruir as células. A técnica de criopreservação consiste num primeiro momento, na retirada de quase toda a água das células, substituindo-a por uma substância crioprotetora que não cria cristais quando ocorre o congelamento. Em contato com a substância crioprotetora, os gametas ou embriões se retraem, diminuindo de tamanho; todavia, assim que essa substância penetra nas células, os gametas ou embriões voltam ao seu estado normal, estando prontos para o congelamento. São, então, aspirados em um capilar, o qual será devidamente vedado e identificado. Os capilares cheios são colocados em uma máquina, composta por um computador e uma câmara de resfriamento, que reduzirá sua temperatura a menos de 196 graus Celsius. Após o congelamento, os capilares serão colocados em um recipiente grande, imersos em azoto líquido, onde poderão permanecer por vários anos.⁴⁶

⁴⁶ FERNANDES, Silvia da Cunha – As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica – Editora Renovar – Rio de Janeiro – 2005. p.40.

A orientação internacional tem sido no sentido de se limitar o número de óvulos fertilizados, visto que os embriões excedentes serão congelados e utilizados em pesquisas laboratoriais ou simplesmente destruídos.

Uma solução para esta questão consiste primeiramente, em se entender quando há o início da vida. Enquanto para alguns, que formam a chamada corrente concepcionista, a vida começa no exato momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, para outros, que adotam a corrente nidacionista, a vida apenas irá surgir com a implantação desse óvulo, no útero materno (momento conhecido como nidação).

Para os adeptos da teoria concepcionista, o ser humano existe à partir da concepção, quando ele, ao receber carga genética de seus pais, passa a ter DNA próprio, tendo características específicas e diferenciadas.

É um novo ser humano. Nesse sentido, não poderia haver o descarte dos embriões “excedentários”, devendo os mesmos, serem mantidos em processo de criopreservação, até que um dia venham a ser utilizados, não obstante o lapso temporal que isto tenha.

A Resolução do CFM dispõe:

“V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões.

2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decidam, quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 – No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

No processo consulta nº 1698/96 PC/CFM/Nº 23/96, o Conselho Federal de Medicina foi ainda mais enfático, ponderando, contudo, que o tema mereceria reflexões posteriores. Assim dispôs:

“EMENTA: A Resolução nº 1358/92, que adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, proíbe o descarte ou destruição de pré-embriões criopreservados. Porém, necessário se faz que o CFM promova estudos com o objetivo de aprofundar estudos sobre a necessidade de atualização das referidas normas sobre este e outros questionamentos a respeito.”

O Conselho Federal de Medicina proíbe o descarte ou destruição dos embriões criopreservados.

4.7. Mães de substituição – “Barriga de Aluguel”

Mãe de Substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel” é a cessão temporária de um útero por motivo de incapacidade de um casal, ou da mulher, que não consegue manter a gravidez de forma natural, até o nascimento do filho, buscando assim a solução em uma mãe substituta.

Várias são as causas que levam os profissionais da medicina a indicarem esse tipo de técnica, tais como:

Ausência de útero, patologia uterina de tratamento cirúrgico, contra- indicação médica à gravidez por motivo de insuficiência renal severa ou diabetes grave insulino-dependente.

Fato é que, nesses casos, a mulher teria uma chance muito grande de risco à própria saúde, em função de manter a gravidez, ou por não ter o útero, o que impossibilitaria manter a gestação.

Outro motivo que está surgindo na sociedade é o fato de ter o cidadão brasileiro uma maior expectativa de vida e da sua idade produtiva, pois alcança hodiernamente a faixa dos 80 anos.

Neste sentido casais com 50 anos de idade, estão buscando a inseminação artificial para, apesar da idade, considerada não fértil, obter um filho e de preferência utilizando-se da mulher substituta e da mulher portadora.

Essa técnica pode ocorrer de duas maneiras. A primeira quando a mãe portadora, ou seja, a mulher que irá gerar a criança, que foi concebida *in vitro*, através dos gametas (óvulo e espermatozóide) do casal que solicitou a técnica. A segunda é a da mãe que ao mesmo tempo é a genitora e gestante, em virtude de também ter cedido seus óvulos.

Existe, portanto, diferença entre a “mãe substituta” e a “mãe portadora”.

A primeira é o caso da mãe que é inseminada com o espermatozóide do marido ou companheiro da mulher, para quem estará gerando o filho, pois esta é impossibilitada de conceber. Além de doar o seu óvulo para ser inseminado com o espermatozóide do marido ou companheiro, será também quem ficará gestante da criança.

A segunda, “mãe portadora” ocorre com a mulher que apenas empresta o útero para que o embrião que foi fecundado *in vitro*, do casal interessado, possa ser gerado em seu corpo.

A mãe substituta é na verdade uma possibilidade muito temerária, pois a mãe de substituição além de estar gestando o filho encomendado, por outro casal, é biologicamente a mãe da criança que está gerando, além de gestante, cedeu seu óvulo, tornando-se mãe biológica.

Quando do nascimento da criança, deverá a mãe de substituição, entregar a criança ao casal.

Contudo, é comum o arrependimento da mãe substituta quando do nascimento da criança, por esse motivo existe norma ética estabelecida pelo Conselho Federal da Medicina de que a mãe de substituição seja uma mulher que pertença à família da mãe genética/social, num parentesco até segundo grau; não havendo parentesco, a utilização de útero só poderá ocorrer com prévia autorização do Conselho Regional de Medicina.

Pode ocorrer outro caso, em que o embrião seja implantado em terceira mulher, ou seja, passa a figurar nessa inseminação, a doadora do óvulo, a mulher que busca a inseminação, mas não tendo óvulo, e nem possibilidade de gestar o feto, e a mãe portadora.

Esse tipo de inseminação enseja uma questão, quem é neste caso a mãe da criança? A mãe portadora, a mãe social, ou a mãe biológica?

Pode ocorrer nesta técnica haver três mães em questão, pode também ocorrer a figura de dois pais, o biológico e o social, enfim a técnica de inseminação envolve várias situações e várias pessoas, pois é uma técnica que necessita de doação de óvulos, de sêmen e transferência de embriões.

Mesmo indicada nos casos em que seria impossível a mulher manter a gestação do filho até o nascimento, tem-se que traz em si várias questões de ordem ética, religiosa, moral e jurídica que necessitam de uma apreciação, e até mesmo de respostas às questões que com certeza envolverão a vida do casal, da gestante e da criança.

A terceira técnica ocorre quando existe a impossibilidade da gravidez da mulher e além dessa situação o homem do casal em questão, não ter condições de doar o espermatozóide, havendo a necessidade de se buscar o esperma de outro homem, ocorrendo assim a utilização de uma mulher para ser a portadora ou substituta, a doação de espermatozoides por um outro homem, envolvendo assim mais uma pessoa para a concepção.

4.8. A doação do óvulo e do sêmen

Para que a reprodução assistida seja possível, existe a necessidade de doações de gametas, já que o que ocasiona a esterilidade de uma ou das duas pessoas do casal, é a impossibilidade de se utilizarem de seus próprios gametas.

A disposição do próprio corpo é um direito ao corpo, fundado nos direitos da personalidade, desde que esta disposição seja feita de forma a não comprometer a própria vida e a saúde.

A lei nº 9.434/97, que trata do transplante de órgãos, em seu parágrafo único do art. 1º, exclui a aplicação para o sangue, óvulo e esperma, pois são substância regeneráveis, portanto, não oferecem risco à vida.

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Com o fim de proteger o anonimato a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos dispõe em seu art. 7º: “Qualquer dados genéticos, associados a uma pessoa identificável, e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.”

A Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, em seu inciso IV, reconhece a licitude e a doação de gametas e regulariza a sua prática.⁴⁷

⁴⁷ Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina
IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Três princípios devem ter esse tipo de doação: deve ser feito de um casal fértil a um casal infértil, gratuitamente e respeitando-se acima de tudo o anonimato dos doadores.

O anonimato evita que a criança tenha dois pais, um que será biológico e outro institucional.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.358/92, também limitou o número de gestações por doador, para evitar que haja futuros casamentos consangüíneos, contudo, necessário que haja uma lei para limitar o número de gestação, como também responsabilizar o serviço médico, com o fim de proibir que haja do mesmo doador mais de duas gestações de sexos diferentes num mesmo Estado da Federação.

Quando se faz a doação é melhor que seja feita de um casal que já tenha pelo menos um filho, com o devido consentimento do casal doador, que poderá ser revogado até o momento da realização da técnica.

Sendo utilizada a doação de gametas, a reprodução assistida tem o seu legítimo fim que é a criação da prole e lícita desde que não haja fins lucrativos, com, exigência ética do Conselho Federal de Medicina pela Resolução CFM nº 1.358/92 item IV, 1.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - 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.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

De acordo com estas disposições houve o reconhecimento da licitude e da validade de doações de óvulos e esperma e até de pré-embriões, desde que seja sem caráter lucrativo.

Os óvulos e o sêmen são bens que compõem a personalidade humana, e assim são conseqüentemente protegidos por lei, só devendo ser cedidos gratuitamente para utilização de pessoas que deles necessitam e essa atitude enseja apenas a forma humanitária de ajuda sem qualquer interesse financeiro.

A doação de óvulos ocorre, quando a mulher impossibilitada por algum motivo, não produzir óvulos, como no caso de distúrbio do crescimento folicular, ausência de ovários, impossibilidade de abordagem de ovários através de cirurgia, ou ainda por um problema hereditário, se utiliza de óvulos de outra mulher para a inseminação artificial.

É o caso ainda das mulheres que não mais ovulam, e perdem a capacidade de procriar, mesmo permanecendo com um útero normal e funcional.

Dentro dessa técnica, algumas ponderações são necessárias, pois o direito estabelece na Constituição Federal no art. 199 § 4º, que a lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para variados fins, bem como para tratamento.

Desta forma não existem critérios legais específicos, para o impedimento das doações de óvulos, nem de sêmen, contudo, deverão ser obedecidos os seguintes pressupostos para a doação: o anonimato, a gratuidade e o sentimento eminentemente altruístico.

Os óvulos doados, após sua colheita, serão fecundados com o esperma do cônjuge da mulher receptora, dando-lhes condições de gerar, contudo, não possuirá a sua herança genética, mas durante a gestação receberá as informações emocionais e afetivas, servindo o parto para definir a filiação.

Apesar do anonimato da doadora ser considerado de suma importância, muito difícil será mantê-lo, mesmo porque todo o procedimento de extração do óvulo já expõe a doadora de qualquer forma.

Há que se saber também, que vários são os problemas que atingem a doação de óvulo, como por exemplo, a impossibilidade de seu congelamento, tornando necessário, seja feita a fecundação imediatamente após o seu colhimento. Essa técnica é dificultada por esse motivo, pois tudo teria que se desencadear de forma rápida, o que torna muito limitado o seu uso.

Para que essa doação de óvulo seja concretizada, a doadora deverá se submeter a vários exames até a punção folicular, que na verdade é um sofrimento para a doadora, além dos riscos de vida a que se submete.

Um número pequeno de mulheres dispostas a esse tipo de doação é encontrado, pelo sofrimento na hora da obtenção do óvulo e também as considerações éticas e culturais.

Questões éticas e morais são suscitadas em relação a essa técnica, pois coloca em situação inovadora, tendo em vista, até mesmo que em nosso ordenamento jurídico a maternidade é considerada sempre certa, e neste caso a mãe genética não é a mãe que gera.

Para o mundo moderno, nem tudo tem respostas e a partir do comportamento do ser humano, em entender como moral a obtenção do filho através de técnicas que não a natural, há que se pensar também, quais os limites éticos dos envolvidos e dos profissionais, no que se refere à reprodução assistida.

Na verdade os bancos de sêmen ocultam a identificação dos doadores do material fecundante evitando com isso ações de investigações de paternidade, alimentos ou de reivindicação de sucessão.

Quanto à doação de esperma, a coleta é feita em recipiente de vidro, esterilizado, e o material é analisado por espermograma onde se pode verificar a

numeração, a mobilidade e a morfologia dos espermatozoides, depois de todos os testes são transferido para capilares, onde serão criopreservados, para serem utilizados.

Depois do congelamento, um dos capilares é descongelado, a fim de que se verifique como se comporta o esperma, pois é necessário que eles sobrevivam após o descongelamento.

Quando o doador se candidata à doação de sêmen, ele recebe todas as informações sobre todas as técnicas de reprodução utilizadas, como também é analisado para se averiguar as suas características individuais, patológica e composição genética.

Essa análise é para verificar a qualidade do esperma doado e a investigação genealógica é para se evitar a transmissão de taras graves, a condição psicológica também é verificada para que se estabeleça o perfil do doador.

Muitos homens não se sentem bem em aceitarem a inseminação heteróloga, e tentam outras formas, para que possam de alguma maneira utilizar seu próprio esperma para a inseminação, e em alguns casos pode a ciência ajudar da seguinte forma:

- Dos avanços da reprodução artificial, a área que chegou mais longe foi a dos tratamentos de problemas masculinos, que representam 30% de todos os casos de infertilidade.
- As mulheres são responsáveis por outros 30% e o casal, pelos 40% restantes. Quando se descobre que um homem é considerado infértil ele passa por diversos testes e muitas vezes se descobre que é portador de azoospermia, ou seja, ausência de espermatozoides no sêmen.

- Muitos homens não aceitam a doação de sêmen, pois acham que as pessoas podem confundir esterilidade com impotência, e após vários exames podem constatar que apesar de ter espermatozóides, dentro de seus testículos carrega espermátides.

Essas células depois de amadurecidas se transformam em espermatozóides. O médico então experimenta uma técnica que amadurece a espermátide em laboratório.

De acordo com os especialistas, de cada 100 homens, 96 têm espermatozóides no sêmen. Entre os quatro que não têm, três possuem o gameta dentro dos testículos ou dos epidídimos, canais que conduzem o esperma. Aquele que não possui nenhum espermatozóide ainda conta com cerca de 50% de chance de ter a espermátide, portanto, a infertilidade masculina pode após exames, ter várias chances de mudança de diagnóstico.

Também ao homem doador de esperma tem o direito ao anonimato, tanto o que doa como também aquele que recebe a doação e de uma forma mais eficaz do que a mulher, eis que a coleta do material se faz de uma forma muito mais simples e indolor.⁴⁸

No que se refere à doação gratuita, e o sigilo da identidade dos doadores contidas na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, analisando-se esta regulamentação mostra que do ponto vista ético, o fundamental seria a preservação do anonimato entre receptores e doadores. Essa conduta evitaria o

⁴⁸ Segundo as ponderações de Juliane Fernandes Queiroz, em sua obra citada por Guilherme Calmon, “É fundamental observar que os princípios relativos ao sigilo do procedimento judicial (adoção) e médico (reprodução assistida heteróloga) e o anonimato das pessoas envolvidas devem ser mantidos com vistas à tutela e promoção de interesses do adotado e da futura criança, mas logicamente deverão ceder relativamente à pessoa do próprio adotado e da pessoa que resultou de técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento, no direito brasileiro, dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico, não por simples curiosidade, mas para o resguardo da sua existência, e proteção contra possíveis doenças hereditárias (ou genéticas) que pudesse vir a contrair diante da ascendência biológica. Contudo, não é esta a posição que tem prevalecido na maior parte dos sistemas jurídicos no que pertine à reprodução assistida heteróloga, em que o anonimato foi elevado à condição de princípio fundamental, aplicando-se inclusive à própria pessoa que foi concebida por procriação” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, A Nova Filiação - O Biodireito e as Relações Parentais, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003, p. 803.

aparecimento no futuro de muitos problemas emocionais, e legais, do relacionamento entre o receptor e o doador, situações estas que teriam repercussões no desenvolvimento das crianças que serão concebidas pelo procedimento da reprodução assistida.

Desta forma alguns especialistas acreditam que a manutenção do anonimato torna possível para os pais afetivos influenciarem sua própria identidade nos filhos.

Contudo, esse entendimento para outros não é o mesmo, pois afirmam que aqueles com desconhecimento da sua origem genética, com certeza poderiam apresentar incompleta percepção da sua identidade, pois não sabem ao certo como é a sua origem e por esse motivo apresentarão sérios problemas psicológicos.

4.9. Adoção de embriões

Atualmente mulheres podem engravidar depois da menopausa, e até mesmo a falta de espermatozoides não é mais impedimento à paternidade.

Para maior espanto é possível adotar uma criança na forma de um embrião, quando ainda esta se formando com apenas oito células, o introduzido em seu abdômen, e acompanhar seu desenvolvimento em uma gravidez normal, ao final dar à luz em parto perfeitamente convencional.

Essa forma de adoção é conhecida como adoção pré-natal, muito aceita por alguns cientistas e estudiosos do direito, pois entendem que seria um perfeito destino aos embriões supranumerários, ou seja, resolveriam o problema dos embriões excedentários e o problema dos casais inférteis.

Assim através dessa forma de adoção os casais já poderiam optar pela implantação de todos os embriões ou pela adoção de embriões excedentes e com isso equiparar-se a adoção pré-natal com a adoção da legislação civil.

Com esse tipo de adoção poderia, segundo, alguns estudiosos, adaptar na legislação civil a adoção pré-natal, dando um destino aos embriões excedentes, pois que o Código Civil dispõe sobre a existência dos embriões excedentes em seu art. 1.597, inciso IV, contudo, nada dispõe a seu respeito, não resolve, portanto, o problema da personalidade jurídica do embrião.

A adoção pré-natal não se confunde com a doação de óvulos, pois quando se fala de embrião já está se falando de fusão do espermatozóide com o óvulo, e a partir daí a concepção já ocorreu e o embrião mesmo fora do útero materno já é um ser humano em potencial, portanto, possui vida e todos os direitos a ela inerentes.

Segundo o entendimento de Silvia da Cunha Fernandes,

“A adoção não se confunde com a doação de embriões, se levarmos em conta que a vida humana tem início com a concepção, ou seja, a partir da fusão do espermatozóide ao óvulo, podemos deduzir que o embrião, mesmo que em estado extra-uterino, possui vida e todos os direitos inerentes a sua condição; desse modo, esse ser humano em potencial não pode ser objeto de contrato, motivo pelo qual não se pode falar em doação de embriões”.⁴⁹

Os adeptos a essa prática, prevêem que apesar de trazer um benefício aos embriões excedentes, poderia ocorrer e com muita facilidade a fabricação de embriões para a adoção, com o intuito de mercancia o que ocasionaria uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Esse, além dos estudiosos, tem sido o entendimento de mulheres que não tiveram a oportunidade de engravidarem da maneira convencional, algumas já divorciadas, outras viúvas que até então não haviam tido filhos, buscam a adoção de embriões.

Estima-se que existam no Brasil 20.000 embriões congelados. Nos Estados Unidos, são 250.000. Em cada ciclo de fertilização artificial, uma mulher gera uma dezena de óvulos. Para evitar nascimentos múltiplos, no máximo quatro são implantados em seu útero. O restante é congelado para, quem sabe um dia, ser utilizado novamente pelo casal.

⁴⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha, As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a necessidade de sua regulamentação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.112.

Ocorre que a maioria desiste de ter mais filhos, e para complicar, uma resolução do Conselho Federal de Medicina, proíbe a destruição do material, deve-se ter em princípio, o conhecimento de que essa vida tem apenas oito células, desenvolvimento atingido no terceiro dia após a concepção.

Na verdade se pensar somente no prazer que tem a mãe a respeito desse tipo de experiência de adoção, resta um questionamento: O que fazer com dezenas de crianças já nascidas, abandonadas, que estão nas filas de adoção, sem solução aparente?

Melhor passar por todo processo da reprodução assistida, ou receber uma criança que já está à espera de um lar, de pais, enfim de quem as encontre e lhes dê tudo o que precisam em matéria de dignidade, afeto, carinho e vida.

Sem alguém que as procure, vivem sem uma família, tendo que sair dos abrigos aos 18 anos e a partir de então, o mundo as acolhe, com seus bons e maus resultados.

Segundo as ponderações de Maria Helena Machado:

“Nascida uma criança fruto da ajuda médica na sua fecundação, além das questões de ordem científica e moral, o seu nascimento envolve, também, o estatuto das pessoas, porque, inserida no contexto familiar e de toda a sociedade, deverá, obrigatoriamente ser inscrita num modelo de filiação, que, segundo os parâmetros legais atuais, se acha fundamentado na verdade biológica. E, dependendo da espécie de técnica e meios utilizados para inseminação e desenvolvimento desse novo ser, a verdade biológica, positivada para derivar a sua filiação, está pautada numa mentira avalizada pelo Direito.”⁵⁰

⁵⁰ MACHADO, Maria Helena – Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos & Jurídicos – Editora Juruá – Curitiba- 2009, p. 96.

CAPÍTULO V

5. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A FAMÍLIA

5.1. Espécies de Família

Família nas palavras de Silvio de Salvo Venosa é em conceito amplo “O conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.”⁵¹

A família, portanto, é a união de pessoas que através do casamento ou da união, agregam pessoas que já existem, como também dão origem a outras pessoas através do nascimento de seus descendentes.

Na história da família, o marido podia procurar segunda esposa, se a primeira não tivesse condição de conceber um filho, ou ainda quando a primeira esposa fosse acometida de doença grave.

Ainda nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, no Direito Romano, o *status familiae* (o estado familiar), ao lado do *status civitatis* e *status libertatis* (estado de cidadania e estado de liberdade), era importante para estabelecer direitos e obrigações.⁵²

O Estado de Família, portanto, é um dos atributos da personalidade das pessoas naturais, e assim, atributo personalíssimo, que acontece pelo vínculo que une as pessoas umas às outras.

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – Direito de Família – 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004 – p.16.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – Direito de Família – 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004 – p.32. “*Sui iuris* era o *pater familias* o que não possuía ascendentes masculinos e estava livre do pátrio poder. *Alieni iuris* eram todas as demais pessoas sujeitas ao poder do pater que não tinham direitos próprios nem podiam adquiri-los. Nesse mesmo conceito clássico, entende-se como estado das pessoas o conjunto de qualidades que a lei leva em consideração para atribuir-lhes efeitos jurídicos. Estado de família é a posição e a qualidade que a pessoa ocupa na entidade familiar. No direito civil, portanto, o Estado considera a pessoa em si mesma e com relação à família”.

Segundo Jean-Jacques Rousseau

“O hábito de viver coletivamente fez surgir os mais doces sentimentos conhecidos dos homens, o amor conjugal e o amor paternal. Cada família se torna uma pequena sociedade tanto mais unida quanto o apego mútuo e a liberdade eram seus únicos laços. Foi então que se estabeleceu a primeira diferença na maneira de viver dos dois sexos que, até então, só tinham uma. As mulheres tornaram-se mais sedentárias e se acostumaram a guardar a cabana e os filhos, enquanto o homem ia procurar a subsistência comum. Os dois sexos começaram também, por uma vida um pouco mais amena, a perder alguma coisa de sua ferocidade e de seu vigor. Se cada um porém, separadamente, se tornou menos capaz de combater os animais selvagens, em compensação foi mais fácil reunirem-se para resistir a eles em comum.”⁵³

O Direito de Família passou a receber comando do Direito Constitucional, como se pode observar. Normas e princípios constitucionais cogentes regulam as relações de família, ou seja, ocorre atualmente a constitucionalização do Direito de Família.

O Estado passou a intervir em matérias que eram do âmbito do direito privado, proporcionando uma transformação na própria sociedade.

Não há como se falar em reprodução assistida sem entrar no tema Família, até porque todas as consequências, que necessariamente ocorrem quando do nascimento da criança, que foi artificialmente concebida, estão ligadas à relação familiar.

O ser humano que de forma não natural foi concebido, tem como outra criança, que foi concebida dentro dos padrões normais, direitos por consequência dos laços parentais que adquiriu.

Segundo Maria Helena Diniz, para se limitar o sentido da palavra família, na seara jurídica encontra-se três acepções fundamentais do vocábulo: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita.⁵⁴

⁵³ ROUSSEAU, Jean Jacques, A Origem Das Desigualdades Entre os Homens, Editora Escala, São Paulo – 2007 – p.65

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena – Curso de DIREITO CIVIL BRASILEIRO- Ed. 19ª Ed. – Editora Saraiva – São Paulo – 2004 – p.9.

No sentido amplíssimo abrange todos os indivíduos ligados pelos vínculos sanguíneos ou de afinidade, também são incluídos até mesmo estranhos como é o caso das pessoas do serviço doméstico dos funcionários dos Serviços Públicos Civis da União, cujo estatuto os considera parte da família.

Na concepção lata, além dos cônjuges e os filhos, a família abrange os parentes em linha reta ou colateral, como ainda os afins, ou seja, os parentes do outro cônjuge.

E na acepção restrita, a família não se estabelece apenas pelos cônjuges e filhos, mas toda a comunidade, formada por qualquer dos pais ou descendentes independentemente de existir o vínculo conjugal como origem.

Nova concepção de família se deu com a Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 226, §§ 1º e 2º, a Lei nº 9.278/96, art. 1º e o Código Civil arts. 1.511, 1.513 e 1.723, reconheceram como família, a que é decorrente de matrimônio e como entidade familiar não somente a originada de união estável, mas também a comunidade monoparental, segundo a Constituição federal de 1988 art. 226, §§ 3º e 4º, formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente do vínculo conjugal que a originou.

A Legislação, segundo essas acepções, emprega a palavra família segundo os critérios: efeitos sucessórios e alimentares, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

As espécies de família são: o matrimônio, o companheirismo ou a adoção, pois não há que se fazer mais discriminação entre as espécies de família, e os filhos para os fins legais são filhos, não importando o tipo de relacionamento dos pais.

Além das espécies acima, não há como deixar de se referir às famílias que de uma forma muito abrangente modificou o conceito existente de família, constituindo-se famílias monoparentais e homoafetivas.

As famílias monoparentais são constituídas de pessoas sozinhas, que requerem adoção de uma criança, formando assim um elo familiar permitido por lei, de pai e filho ou de mãe e filho.

Essa forma de adoção está inserida na Lei nº 8.069/90, e de forma clara em seu art. 42, ⁵⁵reconhece a possibilidade de qualquer pessoa adotar independentemente de estado civil, desde que pudesse preencher os requisitos legais.

Ou seja, apenas existe a necessidade de idade mínima de vinte e um anos de idade, constante do parágrafo 3º.

Houve nesta determinação legal expresse reconhecimento da família monoparental em matéria de adoção, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrática-afetiva”.⁵⁶

Muitos questionam, se a união homoafetiva é uma sociedade de fato ou uma entidade familiar, é muito importante a resposta a esta indagação, pois dependendo de como pode ser entendida, ocasionam vários efeitos jurídicos e sociais.

Se for considerada uma entidade familiar, a união homoafetiva goza de toda a proteção do Estado, como as outras famílias (direito a alimentos, à sucessão, à divisão do patrimônio, em caso de dissolução da união, ao juízo especializado, como as varas de família, etc.), trazendo além de tudo o preconceito social.

⁵⁵ ECA art. 42 Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

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

§ 2º. A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§ 5º. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 5v, p. 27.

Já considerada uma mera sociedade de fato, a união homoafetiva não consegue ter uma proteção especial do Estado, nem sequer a proteção jurídica, uma vez que não existe lei específica sobre o assunto.

Os litígios seriam resolvidos no juizado cível, e pode-se ter certeza que os juízes desta área, muitas das vezes, não estão preparados para apreciarem e julgarem essas situações.

A união homoafetiva, tida como sociedade de fato, continuará sendo marginalizada, sofrendo os preconceitos da sociedade.

A união homoafetiva é a união de duas pessoas do mesmo sexo, que traz consigo todas as características de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com o da união estável, ou seja:

“Art. 1.723 do CC. É reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Analisando-se o art. 1.723 do CC., pode-se em interpretação extensiva dizer que a união homoafetiva, pode ser caracterizada como união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois sua única diferença com a união estável, prevista no artigo supramencionado é a questão dos componentes serem do mesmo sexo.

Segundo o art. 226º, § 3º da CF:

- 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher**, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. **(grifo nosso)**.

Segundo alguns autores o artigo 226 da Constituição, ao restringir o reconhecimento da união estável apenas para o relacionamento entre o homem e a

mulher, colide e confronta diretamente com o "caput" do artigo 5º da Constituição Federal, o qual garante a igualdade sem nenhuma distinção de qualquer natureza, assegurando, ainda, a inviolabilidade do direito à igualdade e à liberdade, dentre outros direitos da pessoa humana.

O reconhecimento da união homoafetiva, atualmente sofre as mesmas restrições, pelas quais passou o reconhecimento da união estável, como preconceitos e barreiras, impostos pela sociedade e também pela igreja, no sentido geral, sem especificar uma religião ou outra.

Existe, contudo, uma tendência de se equiparar analogicamente a união homoafetiva com a união estável. Com isso, torna-se necessário também vislumbrar o direito aos alimentos para os companheiros homoafetivos. Alguns doutrinadores estão aderindo a esta corrente, baseados nos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade, isonomia e dignidade humana.

5.2. A reprodução assistida e o Parentesco

Quando se fala de parentesco há muito no mundo ocidental se refere a toda relação de parentesco embasada na presunção de paternidade ligada à legitimidade decorrente do casamento; presunção esta que foi dando lugar à filiação biológica; questionando-se assim, a filiação estabelecida pelo registro de nascimento.

O perfil da nova família, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, reconhece todos os integrantes como pessoas humanas e, como tais, titulares de direitos e interesses especialmente de natureza existencial, como os direitos da personalidade. Pode-se, portanto, reafirmar que a grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e interesses dos demais.⁵⁷

⁵⁷GAMA, Guilherme Calmon Nogueira - A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais – Ed. Renovar – Rio de Janeiro – 2003 – p.345

Segundo as palavras de Maria Helena Diniz: “Parentesco é a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um tronco comum, mas também entre um cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado.”⁵⁸

O Estado de filho é a situação de fato estabelecida entre os pais e o filho que revela o parentesco.

Existem, portanto, 3 espécies de parentescos:

I – Natural ou consangüíneo que liga as pessoas de um mesmo tronco ancestral, pelo sangue, como o pai e filho, irmãos, primos etc.

Este parentesco se derivar dos dois genitores é considerado duplo, se somente de um deles é o caso de parentesco simples.

Assim são os relacionados como irmãos germanos, ou seja, os que são nascidos do mesmo pai e da mesma mãe, e irmãos unilaterais os que são nascidos apenas de um só deles.

Também chamados uterinos se os irmãos tiverem nascido da mesma mãe e de pais diferentes e consangüíneos se nascidos do mesmo pai e de mães diferentes.

II – O parentesco que se estabelece entre um dos consortes, companheiro, com os parentes consanguíneos do outro, limitando-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge, ou do companheiro.

III – E por último o parentesco civil que é o que se estabelece na adoção, entre o adotante e o adotado, parentesco que se estende com os parentes de um e de outro.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena – Curso de DIREITO CIVIL BRASILEIRO- Ed. 19ª Ed. – Editora Saraiva – São Paulo – 2004 – p.385.

O filho adotado perde com a adoção qualquer vínculo com os pais consangüíneos e seus parentes, conservando, contudo, o impedimento matrimonial.

Também é esse entendimento quando se fala do parentesco civil, no caso de socioafetivo (Código Civil arts. 1.593, e 1.597, V), que se refere ao laço afetivo entre o pai institucional que adveio da inseminação artificial heteróloga, gerando assim a relação paterno-filial, mesmo não havendo vínculo biológico entre o filho e o marido de sua mãe que concordou com a reprodução assistida.

Segundo o Enunciado n. 103 do STJ, “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental, proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga, relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

Com a chegada da procriação artificial, houve um condicionamento da sociedade a uma mudança efetiva nas relações de parentesco, pois a verdade biológica passa a ser desconsiderada, em proveito da verdade afetiva.

A filiação, portanto, atualmente está calcada nas relações afetivas, não interessando a forma como o filho é concebido, e nem mesmo a sua origem genética, demonstrando assim que os vínculos de filiação provêm da autonomia da vontade.

A legislação não tem em seu ordenamento, a realidade esposada atualmente, necessitando assim de um ajuste jurídico de filiação, considerando os novos modelos de maternidade, paternidade, como também criar um limite para que haja um controle efetivo.

Diante dos tratamentos de infertilidade existe uma revolução na presunção *júris tantum* de paternidade, pois ainda em relação da codificação se presume pai, aquele que o casamento demonstra pai, portanto, é o marido.

Foge assim às especificações da filiação advinda da reprodução assistida, em que o fato do casamento não mais induz à paternidade, portanto, não mais serve de parâmetro de parentalidade.

Segundo Silvia da Cunha Fernandes:

“Com as técnicas de reprodução assistida heterólogas, as antigas presunções de paternidade se tornaram ainda mais inócuas, visto que, nestes casos, estão envolvidas duas paternidades: a biológica, do doador do esperma, e a legal, do marido estéril que consentiu na inseminação ou fecundação de sua mulher. Não se pode aqui privilegiar uma ou outra, pois ambas não resolvem o problema. Nas questões relativas às técnicas heterólogas, o consentimento revela-se de fundamental importância, pois tem o condão de legitimar ou não o uso do procedimento. Se imaginarmos que a filiação válida resulta de um projeto parental, a manifestação clara e inequívoca do marido em relação à utilização de esperma de terceiro doador é extremamente importante para que possa garantir o vínculo de filiação da criança com seu pai, pois tal consentimento demonstra que este deseja, quer e vivência com intensidade a paternidade afetiva.⁵⁹”

5.3. Graus de parentesco consanguíneo

Silvio de Salvo Venosa, define parentesco como: “Vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum”⁶⁰.

Ocorre quando os parentes consanguíneos como bem referendado acima, são os parentes ligados por um tronco comum, e neste sentido existe o parentesco em linha reta e em linha colateral ou transversal.

Linha quer dizer a vinculação das pessoas de uma mesma família em um tronco ancestral comum. Ligadas por um vínculo de ascendência e descendência, ou seja, subindo aos ascendentes, antepassados, ou descendo aos descendentes,

⁵⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha, *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a necessidade de sua regulamentação Jurídica*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp.68/69.

⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil – Vol. 6 - Direito de Família – São Paulo – Editora Atlas – 2004*, p. 267. Ainda sobre o assunto o autor diz que: “O Código trata das disposições gerais acerca do parentesco nos arts. 1.591 a 1.595, para nos dispositivos seguintes, disciplinar filiação, reconhecimento dos filhos, adoção, poder familiar e demais institutos de direito de família. A compreensão de parentesco é base para inúmeras relações de Direito de Família, com repercussões intensas em todos os ramos da ciência jurídica. As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

os que estão em linha reta, mas para baixo, ou seja, na pessoa dos que surgiram diretamente daquele a quem se está analisando.

Os ascendentes são: o pai, o avô, o bisavô etc. e os descendentes são os filhos, os netos, os bisnetos etc.

Já o parentesco em linha colateral, são as pessoas que nasceram de um tronco comum, mas não são descendentes umas das outras, ou seja, os irmãos, tios, sobrinhos e primos, parentesco que vai até o 4º grau.

Para se saber o grau de parentesco de uma pessoa em relação à outra, deve-se contar por grau que é a distância de uma geração em relação à outra. Geração é a relação que existe entre gerador e gerado.

Cada geração, portanto, forma um grau, sendo que na linha reta o grau de parentesco se conta pelo número de gerações, ou seja, de pai a filho um grau, ao seu neto, dois graus, ao bisneto três graus e assim por diante.

Desta forma quando se fala do grau de parentesco da mulher e do homem dentro do mesmo tronco, unidas as linhas, encontra duas famílias, formando as linhas paternas e maternas.

Quando se fala do grau de parentesco em linha colateral, também se contam pelo número das gerações, subindo, porém, de um dos parentes até o ascendente comum e descendo até o outro parente.

A adoção é o vínculo legal que se cria à semelhança da filiação consanguínea, mas independente dos laços de sangue. É uma filiação artificial, que cria um liame jurídico, entre duas pessoas, o adotante e o adotado, denominando-se esse vínculo de parentesco civil em que o adotando tem o mesmo direito do filho consanguíneo.

5.4. E a Filiação

Apesar deste trabalho, ter como tema, a reprodução assistida, uma coisa não há que ser contestada, toda concepção, ou qualquer técnica para a reprodução assistida, não retira da criança, a verdade de que todo ser humano provém de pai e mãe.

Os avanços científicos não conseguiram produzir um ser humano, que não provenha do homem e da mulher, pois a procriação é um fato natural, a filiação é um fato jurídico.

O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aquele que o geraram ou o adotaram.

O casamento, no direito romano, era a base da formação da família. Era o casamento o ato que legalizava as relações sexuais em que se originava a prole, de modo que os filhos nascidos fora do casamento não poderiam fazer parte da família.

A discriminação da filiação em legítima e ilegítima, na verdade assim se distinguia por causa da situação dos progenitores. A paternidade advinda durante a relação matrimonial, só poderia ser questionada quando se comprovasse que não teria ocorrido a coabitação quando do período da concepção legítima.

Contudo, se soubessem que o casal pelo menos por um dia tivesse se encontrado, a legitimidade da paternidade não poderia mais ser questionada.

A contestação da paternidade poderia ser questionada, se houvesse prova inequívoca pericial, que constatasse a impotência do marido.

A filiação, portanto, está muito distante das especificações antigas, em que tinha por base o casamento dos pais no momento da concepção, inclusive era essa a forma estabelecida no antigo Código Civil, quando conceituava os filhos legítimos, como os concebidos na constância do casamento.

Os filhos havidos fora do casamento, portanto, eram os filhos ilegítimos que se classificam em naturais e espúrios.

Naturais quando entre os pais, não havia impedimento de casamento, e espúrios quando a lei proibia a união conjugal dos pais.

O Código Civil de 1916, portanto, no que se referia à filiação era completamente diferente do que preconiza o Código Civil de 2002, a antiga lei previa que a filiação natural, ocorria quando não existia impedimento de casamento entre os pais.

A filiação espúria era mais grave na época, pois ocorria quando os pais eram impedidos de se casarem, por estarem casados com terceiros, chamada de filiação adúlterina, e a filiação incestuosa quando o impedimento era o parentesco.

Ainda sobre a filiação, a adotiva diferente do tempo atual, criava um vínculo jurídico artificialmente, pois o filho adotado mantinha vínculos com os pais biológicos.

Tamanha a diferença na época da antiga lei, que não era permitida a investigação de paternidade contra homem casado, o que atualmente com o advento do novo Código Civil, foi modificada essa situação, passando o homem casado a ser investigado pelo filho, também o reconhecimento de paternidade pelo pai biológico, mesmo casado com outra mulher que não a mãe do filho.

Atualmente a filiação se prova pelo termo de nascimento registrado no Registro Civil, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros na constância do casamento, contudo, com iguais direitos conforme emana do artigo 1.596 do Código Civil “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A filiação, contudo, deve ser estabelecida para que se constitua direito de estado de filho, a concepção ocorreu, pois deu início à vida, mas nem sempre a determinação da paternidade é tão simples assim.

A maternidade muito mais fácil de ser determinada, desde que tenha havido a concepção de maneira natural e não artificial, é conclusiva pelo nascimento do ventre daquela que deu à luz o filho.

Mas o que existe e constantemente, são filhos nascidos sem que haja a identificação do pai biológico, quando a mulher não coabitava com o pai da criança, na época da concepção.

Essa situação não ocorre quando há o casamento entre a mãe da criança e o marido, pois presume o legislador que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido. Essa presunção, portanto, tinha o condão da segurança familiar, e também o fato de evitar que, à mulher fosse imputada a infidelidade.

O Código Civil enumera as hipóteses, em que se pode presumir a paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, no caso de filho gerado por mulher casada.

Assim são os casos dos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não da celebração do casamento, portanto, se a criança nascer seis meses depois do casamento, presume-se ser filha do casal.

Também se presume a paternidade dos filhos nascidos dentro dos 300 dias, subseqüentes à dissolução conjugal, por morte, separação, nulidade ou anulação, tendo em vista, o período de gestação humana não ser maior do que este prazo.

Assim o filho nascido dez meses após a dissolução da sociedade conjugal ainda é considerado matrimonial, haja vista, que a sua concepção poderia ter ocorrido no último dia da união, contudo, ultrapassado esse prazo já não há a presunção de que seja filho do marido.

Os filhos que nascem através da fecundação artificial homóloga, mesmo que já falecido o marido, ou concebido *post mortem* estarão protegidos pela lei, em virtude da família monoparental, contudo, a utilização do material fertilizante depende de anuência do marido quando ainda em vida.

Ainda sobre a filiação, se presumem nascidos durante a constância do casamento os filhos concebidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, ou seja, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher. Desde que haja a anuência expressa do casal. Havendo ainda a possibilidade de um dos genitores à época da utilização dos embriões congelados, estar morto. Nesse caso muitas ainda são as dúvidas que estarão sendo comentadas em tópico abaixo.

Além da filiação decorrente dos embriões excedentários, existe a dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido a autorização do marido, reforçando a natureza socioafetiva do parentesco.

Nesse caso o Enunciado nº 104 do STJ (Aprovado nas Jornadas e Direito Civil de 2002):

“No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundado de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento”.

O art 1.597, V, predispõe que “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” Indicando assim que a vontade procriacional no marido, como uma forma que não permita que desconheça a paternidade do filho.

O artigo acima evita que depois de criado o filho, com conhecimento social de sua paternidade, o pai venha buscar a negatória de paternidade, através de ação judicial, fundamentando seu pedido em exames que irão com certeza contradizer a paternidade.

Verdade é que se anuiu sem conhecimento de que a inseminação era heteróloga, ou tenha anuído com vício de vontade, questões que deverão ser verificadas juridicamente, até mesmo em relação à infidelidade da mulher.

O que a lei prepondera é que uma vez feita a inseminação artificial, e neste caso a heteróloga, muito mais dificultosa, por envolver outras pessoas, não seja possível a sua impugnação depois de concluída, pelo que preconiza o art. 1.597, V, apesar de não ter a obrigatoriedade de ser a autorização, por escrito.

A maior dificuldade em relação à questão da paternidade é que o filho na situação da inseminação heteróloga, deve ser protegido das ações negatórias, fato que influenciariam sua vida, pelo conhecimento de parentes e amigos, da paternidade daquele, que com ele convive, e imoral, portanto, que o pai o exponha a esse terrível constrangimento.

Quanto à filiação, o vínculo existente entre pais e filhos, na verdade se constitui pela relação de parentesco em linha reta de primeiro grau.

Portanto, poderia se dizer até bem pouco tempo, que a filiação decorre da união entre o homem e a mulher, mas atualmente nem sempre isso acontece, como é o caso da filiação proveniente de inseminação artificial.

Contudo, seja qual for a forma que exista para o surgimento da filiação, outros direitos são assegurados ao cidadão através dela.

Sobre o tema, necessário ainda se falar sobre as famílias desconstituídas e a possibilidade da utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga, conforme muito bem analisa Guilherme Calmon Nogueira da Gama.⁶¹

⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira- “Outro ponto importante diz respeito às famílias desconstituídas e a viabilidade de recurso às técnicas de reprodução assistida heteróloga, especificamente quanto à questão da admissibilidade do estabelecimento do parentesco decorrente desta, diante da circunstância fática da impossibilidade de a criança a nascer ficar residindo com ambos os pais. Como analisado, o ECA e o novo Código Civil autorizam a adoção mesmo em casos de separação judicial, divórcio e morte, entretanto no âmbito do parentesco decorrente da reprodução heteróloga sequer existe a criança quando a vontade foi exteriorizada, o que implica importantes diferenças relativamente à adoção, pois o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação na procriação assistida heteróloga tem por fundamento a vontade anterior à concepção o que vai gerar vínculos originários e não derivados. É importante ressaltar que, na maior parte dos casos, o vínculo de parentesco civil somente será constituído em relação a uma das linhas – paterna ou materna -, o que a princípio dispensaria a consideração do casal – e, assim, a limitação apenas à pessoa do ascendente não consangüíneos – mas não se pode perder de vista os casos de doação de embriões ou de gametas de terceiros e, portanto, sem qualquer contribuição genética do casal, além dos casos em que o fundamento do estabelecimento do vínculo é o risco assumido por um dos cônjuges ou companheiros, aliados à vontade do outro na execução do projeto parental iniciado com o recurso às

5.5. E a sucessão Legítima

Quando do falecimento de alguém, a lei comanda a distribuição da herança, segundo a ordem de vocação hereditária, quando não existe por parte do “de cujus” declaração de última vontade.

Na sucessão legítima segundo o artigo 1.829 do Código Civil os bens deixados pelo “de cujus” são distribuídos, conforme a seguinte ordem hereditária:

“I – Aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais”.

Uma das classes só será chamada quando faltar herdeiros da classe precedente.

A lei assim agindo, inspira-se na vontade que se presume dos falecidos ao deixar seus bens primeiro aos descendentes e em segundo lugar aos ascendentes.

Se outra vontade fosse do falecido, teria feito outra disposição dos bens, por meio de declaração de última vontade, ou testamento.

Os descendentes do “de cujus” são herdeiros por excelência em que segundo o art. 1.829 – I são os primeiros contemplados com a herança.

São os descendentes, herdeiros necessários conforme o art. 1.845 e 1.846, de maneira que o autor da herança sequer poderá ter dado destino a mais da metade dos seus bens, para não prejudicar assim a legítima dos herdeiros.

Os herdeiros de primeira classe se constituem pelos filhos, netos, bisnetos, trinnetos etc., excluídas as demais classes.

Segundo José Lopes de Oliveira, “Os não concebidos até o óbito do autor da herança não poderão suceder, salvo se houver disposição testamentária (CC. Art. 1.799) contemplando-os, o mesmo se diga em caso de inseminação artificial homóloga *post mortem* (CC. Art. 1.597, III). Resguardando-se os direitos sucessórios do nascituro (art. 2º), que se consolidarão com o seu nascimento com vida e, analogicamente, também os dos embriões crio-conservados (CC. Art. 1.597, II), visto que já estavam concebidos por ocasião da morte do genitor.”⁶²

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

I – Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – Nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento;

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

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

V – Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização;

Assim o herdeiro que nascer após a morte do autor da herança tem:

- Prazo para requerer a nulidade da Partilha dos bens, art. 2.027 do CC. Decadencial;

a) de um ano, no caso, no caso de rescisão de partilha amigável, contado: I - na coação, do dia em que ela cessou; II – Na hipótese de haver herdeiros incapaz, no dia em que cessou a incapacidade.

⁶² Oliveira, José Lopes de, Sucessões, 1ª. Ed. São Paulo – Sugestões Literárias, 1972. p.61.

- b) De dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão (CPC art. 495), para ação rescisória, na hipótese de partilha judicial (CPC, art. 1.030) que é rescindível nos casos mencionados assim se feita com preterição de formalidades legais, ou se houver preterição de herdeiro ou inclusão de quem não o seja.

Com a declaração de nulidade relativa da partilha, os herdeiros deverão repor frutos e rendimentos, que auferiram desde a data do ato anulado até o dia da anulação, a fim de serem incluídos na nova partilha.

Segundo as disposições acima, é reconhecido ao filho havido por inseminação artificial o direito sucessório, segundo ainda a interpretação do art. 41 *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, corroborado pelos arts. 227, § 6º, da Constituição, e 41, *caput* e § 2º, do ECA e do artigo 1.626, *caput* do Código Civil, são aplicáveis, pois que a integração do filho havido por reprodução assistida é plena nas questões patrimoniais, alimentares e sucessórias.

No que diz respeito à não existência da possibilidade de reprodução assistida utilizando-se material fecundante congelado após a ocorrência da sua morte, pode-se dizer que se ocorrer a reprodução utilizando-se esse material, não haverá o estabelecimento de vínculos parentais relativamente ao doador.

No Direito brasileiro, atualmente não se concebe a possibilidade jurídica da prática relacionada à utilização do material fecundante congelado do ex-marido (ou do ex-companheiro) após a ocorrência da morte daquele que deixou seu sêmen congelado diante da evidente desigualdade que seria provocada relativamente à criança, diante da inexistência de direitos sucessórios.

Se a mulher com o consentimento do marido ou companheiro poderá ser estabelecida a paternidade *post mortem* com base na veracidade biológica, contudo não ocorre qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do “*de cujus*”, sendo que neste caso a responsabilidade é da mãe da criança que promove a inseminação após a morte do marido ou companheiro, traduzindo-se ainda em possibilidade de ação por danos patrimoniais.

Necessário ainda constatar que os preceitos jurídicos que tratam de alguns efeitos são específicos da adoção, não podendo ser transferidos para a procriação havida com material fecundante de terceiro, não cabendo assim a interpretação extensiva, contudo, são considerados em ambos os casos parentesco civil, tanto daquele que é adotado, como do nascido de inseminação artificial.

A paternidade como já esclarecido anteriormente é possível quando houver o consentimento do marido na utilização do sêmen por sua esposa após a sua morte, contudo, sem qualquer efeito patrimonial em relação ao espólio ou aos herdeiros do “de cujus”.

Ainda em se tratando de reconhecimento de paternidade na reprodução assistida tem-se que no ato da manifestação do consentimento expresso para a procriação assistida, não existe na verdade um reconhecimento de paternidade, mas pode ser considerado um pressuposto principal para o estabelecimento da paternidade.

Ainda que não haja o consentimento expresso do companheiro em relação à técnica de reprodução assistida heteróloga, é possível considerar que a convivência que mantinha com a companheira durante o projeto parental, serve de pressuposto para a paternidade.

O preceito constante do inciso III do artigo 1.597, do Código de 2.002, não veio acompanhado de nenhuma outra regra que pudesse solucionar a questão dos direitos sucessórios do filho. Daí a prática da reprodução humana assistida *post mortem* não ser considerada no âmbito do direito brasileiro, diante da violação do artigo 227, § IV, do artigo 1.597, do Código de 2.002, em que há apenas a referência da desnecessidade de qualquer autorização do marido.

O inciso III do artigo 1.597 do código Civil – a presunção de que foi concebido dentro da constância do casamento, o filho havido por inseminação homóloga, mesmo que falecido o marido, se entende que a lei reafirma no âmbito da procriação assistida a necessidade de desconsiderar a relação sexual, até porque inexistente da inseminação artificial.

CAPÍTULO VI

6. OS LIMITES NECESSÁRIOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

6.1. Questões éticas sobre a reprodução assistida

Muitas são as questões suscitadas no que diz respeito à ética da ciência, quando da utilização das técnicas da reprodução assistida.

Na verdade, quando se fala em reprodução assistida e da utilização das técnicas que possibilitam casais estéreis gerarem filhos, não quer dizer que alguma das técnicas torne possível a reversão do quadro de esterilidade, para tornar os casais aptos a terem filhos de maneira normal.

Apenas possibilita a procriação, de maneira não natural, e depois de nascida a criança, o problema da esterilidade continua, portanto, a questão que se tem, é a de saber se existe possibilidade de se ter um filho, sem que outros valores sejam comprometidos como direitos fundamentais do ser humano, como a vida e a liberdade.

Maria Helena Machado traz algumas ponderações que são de grande ajuda no que se refere ao tema:

“Muitas são as perguntas sem respostas, diante do desarmamento jurídico a respeito dessa inusitada técnica como: qual o estatuto legal da criança ao nascer? Quais são os direitos e obrigações da mãe substituta durante a gestação? Quais são os direitos e obrigações dos pais naturais e de sua esposa (se houver), durante a gravidez? Como seriam resolvidos os casos de contracepção e interrupção da gravidez, perante, também à doadora do óvulo ou a mulher que solicitou a gravidez? Quais os direitos e obrigações das respectivas partes após o nascimento com vida? Como seria resolvida a situação, no caso de nascimento sem vida? Poderá a mãe de aluguel receber recompensa financeira? Seria lícito considerar a gravidez como bem de trabalho? Poderia se pressupor a locação de gravidez? Que medidas deve a mãe substituta tomar para abdicar de seus direitos como mãe? Quais as medidas cabíveis para o pai natural adotar, garantir ou reivindicar seus direitos como pai? Em que medida e extensão deve ocorrer a regulamentação dessa prática?”⁶³

⁶³ MACHADO, Maria Helena – Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos – Editora Juruá – 2009 – Curitiba – p.55.

São questões que envolvem o direito da personalidade, estado civil, direito de família e outros aspectos do direito, sobre os quais a legislação ainda não tem resposta legal para resolver.

O que se estabelecer quando do nascimento da criança, no que diz respeito ao seu registro? Pois o que se entende é que a lei civil brasileira considera o parto, o momento em que se estabelece a maternidade, e no que diz respeito à presunção de paternidade, se no caso, a mãe de aluguel for casada e o marido não ter participado em nada desta gravidez?

Enfim, várias situações ocorrem, mas nem todas têm qualquer solução e muitas outras, nem mesmo previsibilidade legal, como também nenhuma previsibilidade de fato, pois somente surgirão com a utilização dessas técnicas ao longo do tempo.

Outra ponderação a ser feita é: O que na verdade de concreto sobre essa forma de concepção e gestação, poderá trazer de positivo à criança?

Em algum momento se pensou no resultado da reprodução assistida, para a vida das crianças, adolescentes, jovens e mais tarde dos adultos, que nascerão? Pois, com certeza, muitos procurarão a sua verdadeira origem, para simplesmente saber ou até mesmo por necessidade.

O que psicologicamente receberá a pessoa que foi concebida através de tantas práticas envolvidas? E sobre as influências que serão passadas ao feto, como por exemplo, o código genético dos pais biológicos, a influência de comportamento da mãe portadora, a educação recebida e o afeto da mãe social, enfim, vários aspectos deverão ser estudados, para se ter a certeza do resultado viável a essa forma de se buscar um filho.

São questões sem respostas, que precisam de estudo e amparo legal, para que a reprodução assistida possa ser conveniente, às necessidades da sociedade moderna.

O direito aliado à bioética e ao biodireito poderá encontrar esse caminho concomitantemente aos avanços da biologia?

Talvez consiga a passos largos, rumar a um futuro que até há pouco tempo não era esperado, porque de tão espantoso, sequer havia a expectativa de um dia existir.

Uma questão a ser estudada é: Em que o Biodireito e a Bioética podem contribuir para que as relações familiares possam ser protegidas, dentro desse sistema moderno e mal resolvido, de nascimentos dos seres humanos?

A bioética poderá conter os abusos? Abusos esses que não aparecem aos olhos da sociedade, mas que certamente existem dentro dos consultórios médicos e de clínicas irregulares que compram o sonho de casais, até porque é um negócio muito rentável.

Ao mundo jurídico existe um dilema, conter a ciência ou aumentar o número de leis para abarcar os casos concretos que surgem a cada dia de modo completamente inovador.

Maria Garcia entende que:

“Há, portanto, muitos ângulos a considerar; contudo, um deles vem sendo reiteradamente proposto por muitas e diversas áreas sociais: a questão ética.

A questão toda se aproxima da fronteira jurídica-moral: a preliminar, no entanto, é que a pesquisa científica, a ciência, a tecnologia, escudada no direito à liberdade – a liberdade de saber, a liberdade de informar e de agir – não deve sofrer limitações. Admitida, porém, a possibilidade de tais práticas, é inafastável a indagação de sua compatibilidade moral dado que é no âmbito social que são realizadas e a sociedade – e cada um dos indivíduos que a compõem – são os seus destinatários, mediatos ou imediatos. Como vem reconhecido, a questão moral é ínsita ao conviver humano – nela, as primeiras regras de conduta, inerentes à coexistência social e, se de um lado a ciência procura firmar (e afirmar) sempre a sua neutralidade – de um lado, o impacto das suas afirmativas e realizações vai repercutir, inevitavelmente, na sociedade que atua, nas idéias e comportamentos humanos.”⁶⁴

⁶⁴ GARCIA, Maria, *Limites da Ciência – A dignidade da pessoa humana – A ética da responsabilidade*, Editora Revista dos Tribunais – São Paulo, 2004, p. 245. Ainda sobre o assunto: “Para tornar viável a convivência social criaram-se, através dos séculos, determinados mecanismos

Se o direito tentar colocar dentro do ordenamento jurídico todos os avanços da ciência, não há que se esperar um resultado favorável à raça humana, pois o limite da ciência é infinito, mas o limite do ser humano deve existir de alguma forma.

Em todo esse sistema de procriação o que mais se deve fiscalizar é a exigência ética em todos os momentos pelos quais a reprodução assistida é desenvolvida.

Quando da análise dos casais, a responsabilidade dos médicos que os atendem é de extrema importância, pois aos olhos do leigo, qualquer explicação, por mais simples que seja é aceita pela falta de conhecimento.

O médico que faz a inseminação, a clínica que atende a paciente, a forma que o casal quer que a inseminação seja feita, inclusive a intenção dos casais pela busca das técnicas, deve passar pela análise crítica da ética, e de alguma forma, abusos tem que ser contidos, para o bem da própria ciência que não pode cair no descrédito da população.

A maior preocupação na verdade deve ser legislar com rigor, para evitar que a ciência perca seus limites, como também que casais utilizem das técnicas com outros objetivos que não seja apenas a procriação.

6.2. A insuficiência das regulamentações.

Segundo Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz

“Os sistemas clássicos do Direito não apresentam soluções imediatas para a grande maioria dos casos concretos que já se fazem presentes. Para buscar-lhes solução adequada, o jurista deve recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica. Entre eles está, sem dúvida, o valor da vida humana. A consciência ética da humanidade o referenda como um valor insofismável e recebe o aval de quase todas as crenças religiosas e sistemas ideológicos. Quando se fala a respeito do

de regulação da conduta humana; o primeiro, representado pela Moral: o conjunto de regras de comportamento consideradas válidas para determinada sociedade, em determinado período da história. O segundo – o Direito – jurisdicizando específicas normas morais junto às demais normas e impondo sanções ao seu descumprimento.

valor vida, deve-se considerá-lo como o valor-eixo, cujo respeito incide na liberdade de submissão ou não, na proteção jurídica do corpo humano, na garantia da integridade física, no acesso a exames e tratamento médico e no respeito ao cadáver.”⁶⁵

Quanto ao progresso científico, e o que isso representa, se verifica a necessidade da revisão de alguns conceitos fundamentais, sobre os quais descansa o equilíbrio do Direito.

As leis de um grupo devem determinar os elementos necessários para responder às necessidades de todos, principalmente quando os desígnios do grupo estejam amparados por uma codificação, por exemplo, do Direito Civil, e este pode não estar totalmente identificado com os recursos biotecnológicos, que modificam as situações concretas já especificadas, ocasionando assim a falta de lei para aquele caso.

A crise do Direito frente à evolução social anuncia que para que o raciocínio jurídico possa absorver esses impactos, se deve lembrar que a normatização é sempre social; e que não se pode reduzir o social ao biológico.

Essas inovações biotecnológicas atingem o homem nos aspectos da vida e morte – ***Eros e Thánatos***, e assim devem ser estabelecidas normas claras e precisas.

Quando se pratica ato que importe prejuízo a outrem, deve-se ser severamente responsabilizados por esse ato danoso.

De qualquer forma tem o julgador amparo em normas já estabelecidas e cristalizadas, apesar de que, com o desenrolar da vida, surgem muitos modos de prejuízos e tipos de condutas diferentes, as leis e a jurisprudência têm fundamentado os julgados, procurando solucionar os problemas que surgem.

Contudo, no que se refere à biotecnologia, o Direito está em crise, e só uma discussão interdisciplinar entre dogmas jurídicos e posições de auto-suficiência

⁶⁵ SAUWEN, Regina Fiuza – “O Direito in vitro” - Ed.Lumen Juris – 1997 – p.29.

poderão ser abandonados, e que os legisladores, com grande intersecção de temas, valores, ciências e primando pela dignidade humana, encontrarão um caminho que conduza ao equilíbrio social.

A bioética encontra no direito, a organização social necessária para sua atuação, pois em qualquer campo da pesquisa, e sob qualquer pretexto, o homem utilizando-se do seu livre arbítrio, contudo, pode esquecer a sua condição de humano, sentir-se Deus e controlar com o seu poder, conquistado pelo estudo e pela ciência, a vida de seus semelhantes de forma aleatória, pelo simples prazer de inovar.

Já há muito tempo o homem tem invadido espaços e conquistado através de pesquisas, assuntos que dantes nem se poderia imaginar a existência, o que faz entender que ao homem não há limite, com o poder da ciência, seus caminhos, só a ele pertencem e mesmo a normatização rígida e as mais temíveis repressões, não o farão parar, nada faz deter os objetivos humanos.

Se um pesquisador tiver o bom senso de paralisar a sua própria atuação, e encontrar o limite da sua busca, nem assim a ciência estará a salvo de outros pesquisadores, cuja ética não tão latente, o fará deixar de burlar as leis da própria natureza, inclusive já burladas ao extremo.

Maria Helena Diniz afirma:

“Os ensinamentos da bioética e do biodireito deverão ser uma constante nos cursos profissionalizantes, para que cientistas, médicos, profissionais da saúde, advogados, juristas, promotores públicos e aplicadores do direito possam direcionar seu agir e seu pensar para o exercício de escolhas democráticas, que garantam o respeito à dignidade da pessoa humana. Somente assim haverá chance para a ampliação dos valores éticos, tanto nos assuntos de biomedicina como em todos os outros, num mundo onde a preocupação com os objetivos humanos em geral parece estar em baixa.”⁶⁶

Na medida em que não é possível modificar os princípios constitucionais, por serem fundamentais e cláusulas pétreas, portanto, vedada qualquer modificação pelo art. 60 da Constituição Federal, esses são assim considerados como alicerces

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – p.723

de todo o ordenamento jurídico, fica ao intérprete, o juiz, o aplicador do direito, compatibilizar todos os avanços tecnológicos da medicina e da biologia, com o disposto contido na Constituição.

Algumas palavras devem ser interpretadas, mas devem ser respeitadas acima de qualquer coisa, que possa ser objeto de pesquisa e de julgamento, estas são: “vida”, “liberdade”, “integridade física e moral”.

6.3. Legislação sobre a reprodução assistida

As necessidades diárias se confrontam com a dificuldade, de não haver um consenso sobre os temas que envolvem a prática da inseminação artificial: produção, seleção, congelamento, pesquisa e descarte de embriões humanos (estatuto do embrião), como também sobre o sigilo e gratuidade das doações de material genético e determinação da filiação da criança, o que com uma orientação legal, evitaria abusos que com certeza ocorrerão nas etapas da prática.

Existem várias clínicas que realizam a reprodução humana no Brasil e em crescimento expressivo, em decorrência de uma grande demanda dos interessados.

Esse fato justifica uma legislação com urgência para se estabelecer critérios e responsabilidades dos profissionais envolvidos, como também prevenir e resguardar o direito das pessoas que buscando um modo de terem um filho, investem esperanças e patrimônio.

Com uma legislação pertinente, muito se evitará nas práticas eugênicas, escolha dos caracteres genéticos da criança, sem motivo relevante, e muitas vezes inconseqüente.

Alguns casais se utilizam desta prática com um enfoque deturpado do primordial motivo de tantas experiências e estudos a respeito, querendo na verdade decidir o futuro do filho, tanto no que se refere ao aspecto físico e psicológico, como também em relação à profissão e dons dos doadores dos gametas.

Não é o que a ciência busca proporcionar ao ser humano, mas as atitudes de alguns casais, não constituem segurança para que possam usar as técnicas desenvolvidas.

Contudo, por outro lado, também se quer garantir o acesso de pessoas ao projeto parental, tornando a possibilidade remota de vários casais em possibilidade real, segundo os direitos fundamentais da pessoa de constituir família.

Neste sentido encontra-se o respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), da responsabilidade (art. 226, §7º), da intimidade (art. 5º, X) e do direito à saúde (art. 196), com uma acepção ampla.

Desta forma se tornaria real também o princípio da isonomia, editando-se normas que possam restringir o acesso aos métodos de reprodução artificial, que só seriam utilizadas com a indicação médica, que possa identificar o problema de saúde reprodutiva.

Com a legislação, os interessados maiores de idade, independentemente do estado civil, terão o direito de se utilizarem das técnicas de reprodução pelo motivo da esterilidade/infertilidade, contudo, têm o dever de demonstrar a capacidade física e mental para cuidar convenientemente de uma criança.

O direito ao planejamento familiar, conforme assegurado pela Constituição (art. 226, § 7º) e pela Lei nº 9.263/96, impõe ao Estado a disponibilização de recurso para utilização de técnicas de reprodução humana assistida para aqueles que desejam realizar o projeto reprodutivo.

As técnicas da reprodução assistida envolvem várias pessoas, os profissionais da medicina, intermediam o projeto, surgindo, portanto, a necessidade do legislador refletir sobre as condições em que poderá autorizar o recurso à reprodução artificial, trazendo com isso, a verdadeira definição sobre a responsabilidade dos que estarão envolvidos nestas práticas.

Toda pessoa tem direito de acesso aos tratamentos de saúde, e sendo que a esterilidade é um problema de saúde reprodutivo, existe autorização para se utilizar dos recursos da medicina com o fim de solucioná-lo, apesar de não significar que todas as possibilidades oferecidas pela medicina e pela ciência, possam ser utilizadas pelo homem e pela mulher.

Existe, portanto, a necessidade de verificar os interesses que estarão envolvidos, e os riscos decorrentes dos tipos de procedimento científico que será utilizado.

Apenas como exemplo, uma questão a ser verificada é o que poderia ocorrer com relação aos procedimentos ligados à possibilidade de diagnóstico genético pré-implantatório e de intervenções sobre o embrião ou a sua criopreservação.

Se a intervenção visar a saúde e o desenvolvimento de uma gravidez segura, poderão ser permitidas tais manipulações científicas.

Contudo, não sendo este o diagnóstico, que a manipulação possa ser evitada.

A lei, portanto, tem um significativo papel, para evitar que a ciência seja utilizada por aqueles, que não estão usando os avanços científicos de forma correta, mas buscando apenas uma maneira de lucro, envolvendo pessoas que estão tomadas do sentimento humano de paternidade, com o fim pecuniário.

6.4. Projetos de lei

No Brasil, foram apresentados vários projetos de lei ao Senado Federal sobre reprodução humana assistida.

Esses projetos visam à regulamentação do recurso às novas tecnologias reprodutivas no país.

Verificando-se os projetos, pode-se observar que alguns retomam boa parte das recomendações contidas na Resolução Normativa n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM n.º 1.358/92) assegura o sigilo dos procedimentos e a não comercialização do corpo humano e de gametas.

A Resolução prevê: o consentimento informado nos casos de fertilização in vitro, a limitação do número de receptores por doação, delimita um prazo máximo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo, proíbe a redução e o descarte de embriões, permite a seleção embrionária (somente a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias), a geração dos embriões pela própria doadora ou mediante cessão, autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta, (desde que possuam parentesco até o segundo grau), e concede a fertilização in vitro em mulheres solteiras.

O Projeto de Lei n.º 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, busca transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei.

Propõe a necessidade do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada ou viver em união estável e prevê que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal.

Proíbe o descarte de embriões e a redução seletiva, embora permita a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias. Dispõe sobre a preservação do sigilo dos envolvidos no processo, estabelece que o doador produza somente uma gestação para cada um milhão de habitantes, e permite a doação temporária do útero em mulheres com parentesco até o segundo grau.

Já o Projeto de Lei nº 2.855/97, da autoria do Deputado Confúcio Moura não prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica. Prevê a criopreservação dos embriões por cinco anos, sendo que após tal período poderá haver o descarte ou a utilização com fins científicos.

Somente permite a redução seletiva de embriões em caso de risco de vida para a gestante e autoriza a seleção para evitar a transmissão de doenças hereditárias. Dispõe sobre o sigilo quanto ao uso da técnica e prevê que o doador só poderá ter dois filhos em um mesmo estado.

Quanto à gestação substituta, estabelece a necessidade da aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (criada pelo próprio projeto), quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora. Prevê, ainda, a possibilidade de inseminação *post mortem*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser nos casos em que houver prévia e expressa manifestação do casal.

Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, prevê que os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas ou em união estável, bem como pelas solteiras.

Admite que os usuários possam permitir que seus gametas e pré-embriões sejam utilizados em pesquisas. Salvo nesses casos, a intervenção em gametas ou embriões somente será permitida com fins terapêuticos ou diagnósticos. A doação deverá ser gratuita e sigilosa.

A criança poderá ter acesso à identidade civil do doador. Dispõe que, no caso de inseminação *post mortem*, não será reconhecida a paternidade. Permite a maternidade de substituição, com restrições.

O Projeto de Lei Substitutivo ao nº 90/99 (PL nº 1.184/03), de autoria do Senador Roberto Requião, dispõe que somente casais (casados ou em união estável) podem ter acesso à técnica.

Prevê que os usuários poderão permitir que seus gametas e pré-embriões sejam utilizados em pesquisas. Proíbe também a criopreservação e o congelamento de embriões.

Permite a seleção terapêutica e a doação temporária do útero entre mulheres com parentesco até o segundo grau. No entanto, estabelece a possibilidade de o filho conhecer a identidade do genitor após a maioridade.

Prevê que o doador possa ser pai de apenas um beneficiário. Dispõe ainda sobre a inseminação *post mortem*, prevendo que a filiação será reconhecida, desde que o depositário dos gametas tenha autorizado em testamento a sua utilização pela esposa ou companheira.

Os Projetos de Lei referidos foram finalmente apensados e seguem sua tramitação, continuam sendo objeto de revisões e alterações, sem que o debate envolva as pessoas da sociedade e os seus destinatários, pessoas que se encontram na situação vulnerável de esterilidade ou infertilidade diagnosticada.

6.5. Legislação Estrangeira e Direito Comparado

O assunto apesar de muito explorado ainda não tem uma resposta no que se refere à legislação, ao futuro dos embriões excedentes como também à ética daqueles que manipulam os embriões, e dos casais que se submetem à reprodução assistida.

Quando se fala do direito comparado é imperioso observar as diferenças encontradas nas várias tradições jurídicas, pela diversidade das culturas, das moralidades e das comunidades de pessoas no mundo contemporâneo.

O estudo das matérias atinentes ao Direito Comparado se fundamenta nas necessidades que as várias culturas enfrentam em face de problemas idênticos, eis que atualmente, inclusive pela informação rápida existente entre os povos, proporciona o acesso de todas as matérias científicas e morais, indicando a universalidade da jurisprudência, tendo como base, contudo, as regras jurídicas nacionais.

Os Estados, ao certo, não têm e nem pretendem conseguir, um ordenamento jurídico que possa amparar todas as necessidades dessas técnicas, inclusive porque, cada legislação já se torna obsoleta, e a ciência já teria ultrapassado aquela necessidade e adquirido outra.

No que se refere à reprodução humana assistida pode-se entender melhor com as exemplificações abaixo, em que algumas legislações já se tornaram específicas em determinados assuntos ligados à reprodução assistida, observando-se também a diversidade do tratamento da mesma matéria, como a que a seguir se expõe:

AUSTRÁLIA⁶⁷ foi o primeiro país do mundo a regulamentar os procedimentos relativos à reprodução assistida, com o *Australian State Of Victória's Infertility (MedicalProcedures) act 1984*, baseados em recomendações da Comissão Walter.

A Austrália já vem desenvolvendo desde 1970 estudos e determinações legais sobre a matéria, como também se utiliza intensamente essas técnicas em seu território.

É no Estado de Victória que fizeram as principais estipulações sobre a reprodução humana assistida, em que se definiu que as técnicas só poderão ser realizadas em hospitais aprovados pelo Departamento de Saúde e deverão manter um arquivo com todas as informações sobre doadores e requisitantes.

Observa a legislação australiana, a proibição da venda de gametas, contudo, os doadores podem ser reembolsados das despesas médicas e de viagens, e os contratos de locação de úteros são proibidos como também qualquer oferta de serviços de mães substitutas.

Outras estipulações da legislação australianas a respeito são: a) o marido da mulher submetida à inseminação artificial sempre será o pai da criança; b) presume-se mãe da criança a mãe biológica; c) a clinica pode decidir sobre o destino e o

⁶⁷ FERNANDES, Sílvia da Cunha – As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp.155/156.

armazenamento das células reprodutivas doadas; d) existe a possibilidade de pesquisas científicas em embriões humanos criopreservados.

Segundo a lei australiana, o marido ou convivente terá que ter consentido expressamente e por escrito à prática da mesma, somente as pessoas casadas podem utilizá-las, excluindo-se os companheiros.

No CANADÁ ⁶⁸

O Canadá é um país que tem promovido vários debates a respeito da inseminação artificial assistida, contudo somente em Quebec e Yukon dispõem de legislação específica sobre o tema.

No território de Yukon, a Lei de 17 de maio de 1984, dispõe que, em caso de inseminação heteróloga, o marido ou convivente terá que ter consentido expressamente e por escrito a prática da mesma.

Em Ontário formou-se uma comissão em 1985 que produziu um relatório onde se discutiu acerca da regulamentação da inseminação artificial assistida e do consentimento do marido ou do companheiro, do controle e do armazenamento do embrião, do 14º dia como data limite para pesquisas científicas em embriões humanos.

É proibida a impugnação da paternidade pelo marido que consentiu na inseminação artificial heteróloga.

No que diz respeito à locação de útero, foi sugerido que deva ser regulamentada em lei, criando comitês específicos para supervisionar os acordos daí decorrentes.

⁶⁸ FERNANDES, Sílvia da Cunha – As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 156. Complementada com as informações contidas na obra de Roberto Winter, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – Editora Lumen Juris – 2007, p. 94.

As informações nominativas relativas à procriação medicamente assistida de um filho são confidenciais; contudo, quando a saúde de uma pessoa assim procriada ou de seus descendentes estiver em grave risco, se for privada das informações que necessita, pode ser permitida pelo tribunal que essas informações sejam transmitidas às autoridades médicas competentes.

O Código Civil de Quebec oferece solução semelhante à do diploma civil português, ao dispor, nos artigos 586 e 588, ser terminantemente proibida a impugnação de paternidade por parte do marido que consente na inseminação artificial da sua mulher.

Na EUROPA⁶⁹

Além das disposições específicas de cada país, existem as Diretivas do Parlamento Europeu, que em março de 2004 aprovou critérios e padrões de qualidade e segurança para a doação, aquisição, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células humanos, dentre os quais são incluídos óvulos, espermatozóides e embriões criopreservados.

A determinação no Capítulo I, Artigo 4º, diz que os Estados membros poderão adotar medidas protetoras mais restritivas, contudo, devem cumprir as provisões da Diretiva sendo que a mesma não afeta as decisões dos Estados em relação a proibições de quaisquer práticas mencionadas.

O Capítulo III, artigo 12 apresenta os princípios que regem a doação de órgãos de tecidos e células, condenando a comercialização dos mesmos.

SUÉCIA⁷⁰

⁶⁹ WILDER, Roberto – Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – Editora Lumen Juris – 2007, p. 94..

⁷⁰ FERNANDES, Sílvia da Cunha – As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.175.

A primeira vez que os legisladores suecos se interessaram pela reprodução assistida foi no final dos anos 40, quando nomearam uma Comissão estatal que, em 1953, apresentou uma proposta de lei especial sobre a matéria, contudo, nunca chegou a se converter em lei.

Outra Comissão chamada Comissão sobre inseminações foi nomeada para estudar as inseminações artificiais e a fecundação *in vitro* e as questões relativas aos direitos das crianças por nascer oriundas dessas técnicas.

Os primeiros casos de inseminação medicamente assistida heteróloga nos países nórdicos da Europa se deram na Suécia.

Duas questões se destacaram nos países nórdicos: a existência ou não do direito de utilização da inseminação heteróloga e o estatuto da criança concebida artificialmente.

As leis suecas de 1984 sobre inseminação artificial e de 1988 sobre fertilização *in vitro* somente exigem a estabilidade da união, mas não exige que haja casamento, exige ainda que seja uma relação heterossexual estável, sendo vedada a inseminação de mulher que viva só ou com pessoa do mesmo sexo.

É reconhecido o direito da criança à verdade sobre suas origens biológicas, e vedadas as práticas médicas de inseminação artificial, contrárias às disposições legais e com intuito comercial, com sanções penais.

Outros aspectos a respeito da inseminação na Suécia são que:

O primeiro aspecto é que só se considera a inseminação em relações heterossexual para garantir e preservar o direito fundamental da futura criança a uma família com pai e mãe.

O segundo aspecto é que quando o casal busca a inseminação artificial, deverá proceder à análise das condições físicas, psicológicas e sociais, importando em boas condições de nascimento e criação da criança.

Na Espanha a lei além de contemplar os casais unidos formal e informalmente, permite a utilização de qualquer uma das técnicas por mulher não vinculada, formal ou informalmente, a outra pessoa.

A esse respeito não há norma expressa na legislação brasileira, e a utilização do direito comparado para solução de problemas a este respeito, contudo, a legislação brasileira ampara o direito das pessoas que vivem em união estável.

Na Europa a Alemanha, a Áustria, a Dinamarca, a Noruega e a Irlanda, proibiram formalmente a realização de qualquer pesquisa sobre o embrião, sendo que a Constituição da Irlanda considera o embrião pessoa humana, digna de ser protegida como tal. Na Espanha e Reino Unido, ao contrário, é admitida a pesquisa sobre embriões, e a lei espanhola restringe tais pesquisa aos embriões excedentários.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, de novembro de 1997, proclamou o genoma humano e a informação nele contida, patrimônio comum da humanidade, entregue à guarda da mesma, pela ONU.

A Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina – Conselho da Europa, vigente em Portugal diz:

“O interesse e o bem estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da Ciência”.

O art. 18, inciso 1º da Convenção fala sobre a proteção do embrião humano, quando autorizada a utilização em pesquisa científica, declarando que a lei deve protegê-lo.

O inciso 2º, do art. 18, torna defesa a constituição de embriões apenas para serem usados em investigação científica, proibindo a constituição de embriões, apenas para esse fim.

Nos documentos encíclicos do Vaticano, a Carta “*Evangelium Vitae*” e “*Donum Vitae*”⁷¹ que dispõem sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, desde a fase embrionária:

“Os embriões humanos obtidos “*in vitro*”, são seres humanos e sujeitos de direito: a sua dignidade e o seu direito à vida devem ser respeitados desde o primeiro momento de sua existência. É imoral produzir embriões destinados a serem usados como material disponível”⁷²

O Código Argentino estabelece a presunção de maternidade privilegiando o parto, e da paternidade, o vínculo matrimonial e o nascimento em 300 dias, portanto nada há que restrinja a técnica homóloga, contudo, a técnica heteróloga não é recomendada neste país, e se for realizada os filhos serão presumidos do marido que consentiu com a inseminação.

Na Argentina é inadmissível o instituto da maternidade de substituição, em face de que no art. 953 do Código Civil, são objeto de negócios jurídicos apenas bens disponíveis ou possíveis no comércio.⁷³

No que se refere à doação de gametas, as regras atualmente empregadas pelos CECOS franceses (Centro de Estudo e Conservação de Ovos e Esperma Humano), são rígidas. Os doadores são avaliados por meio de exames sorológicos, espermoculturas, os aspectos genéticos são abordados em entrevistas com geneticistas, completadas por um cariótipo, antes de ocorrer a doação, prevenindo assim o risco de infecções.⁷⁴

⁷¹ WIDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – 2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p.49.

⁷² Código Civil Argentino - Artículo 54. Tienen incapacidad absoluta: 1ro. Las personas por nacer; 2do. Los menores impúberes; 3ro. Los dementes; 4to. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; 5to. *Derogado por la ley 17.711.*

⁷³ Artículo 953. “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

⁷⁴ Le Lannou e J. Lansac, *apud* Eduardo de Oliveira Leite.

Nos Estados Unidos, não existe uma legislação nacional que trate sobre o assunto, contudo, cada Estado regulamenta a situação, valendo para cada caso concreto a aplicação do Direito conforme os costumes e decisões de cada tribunal dos Estados.

A doação de espermatozoides não é permitida especificamente para casos de FIV na Áustria, Egito, Japão, Líbano, Noruega e Suécia.

A doação de óvulos não é permitida nos seguintes países: Áustria, Egito, Japão, Alemanha, Noruega e Suécia. No Líbano a doação de óvulos é permitida, desde que para ser usada pelo marido da doadora, ou seja, na situação única em que o homem possui mais que uma esposa. Entretanto, no Líbano a doação de espermatozoides não é permitida em qualquer hipótese.

No que se refere ao contrato de gestação, a chamada “barriga de aluguel”, segundo Silvio Salvo Venosa,

“O movimento científico e legislativo internacional tem mostrado repulsa a qualquer modalidade de pagamento para essa atividade, quando não o próprio fato. Há países, todavia, que admitem a prática e até mesmo a incentivam, como em parte dos Estados Unidos. A fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida, em última *ratio*, por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de espermas”.⁷⁵

Uma legislação que reflete muito os valores familiares e um grande avanço na legislação sobre a reprodução assistida é a da Costa Rica, que tem um Código de Família, Lei nº 5476 de 21.12.1973.

Diz o seu art.72

“La paternidade de los hijos nacidos dentro Del matrimônio solo puede ser puede ser impugnada por El marido personalmente o por apoderado especialíssimo y muerto o declarado ausente El marido, por SUS herederos em los casos previstos em el artículo 74, excepto lo dicho em El artículo anterior. El curador, em los casos de incapacidad mental prolongada o incurable Del marido, podrá ejercer La acción de impugnación, prévio estúdio médico legal em donde quede claramente establecido El estado mental Del marido. La inseminación artificial de La mujer com sêmen Del

⁷⁵ VENOSA, Silvio Salvo – Direito Civil, Direito de Família – Volume 6, 4ª Edição, São Paulo – Editora Atlas, 2004, p.295.

marido, o de um terceiro com El consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a La cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.”

Existe na mesma legislação no art. 91 a permissão do filho investigar a identidade dos seus pais, não estando especificados se biológicos ou procracionais, conforme diz: “Artículo 91. Es permitido AL hijo y a SUS descendientes investigar La paternidad y La maternidad.”

Nos Estados Unidos⁷⁶

Foi nos estados Unidos que aconteceram as primeiras inseminações heterólogas, e a partir de 1964, trinta estados adotaram algum tipo de legislação para regulamentar a inseminação artificial heteróloga, contudo restringindo a sua utilização somente por pessoas casadas.

No ano de 1974 vinte e cinco estados proibiram ou limitaram a pesquisa em embriões, e com isso a fertilização *in vitro*.

Atualmente em relação às fecundações *in vitro*, ocorre oposição em sua utilização, pois acreditam os americanos que se continuarem permitindo a técnica, na verdade haverá a possibilidade de procriação sem relações sexuais, indicando com isso a dissolução da sociedade familiar.

Quanto ao emprego das técnicas, o princípio fundamental continua sendo o consentimento inequívoco do casal, e em alguns Estados, norte americano existe a exigência de que o consentimento seja dado diante do médico, como também que a inseminação seja feita sobre controle.

Em seis Estados o congelamento dos embriões é proibido, contudo a doação de gametas não tem limitações e a doação de embriões é aprovada, não havendo nada a respeito de anonimato dos doadores e nem de remuneração para a doação.

⁷⁶ FERNANDES, Sílvia da Cunha – As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 163/166.

A inseminação heteróloga e a maternidade de substituição provocam consequências ao vínculo de filiação e em vinte e cinco Estados americanos, se o marido consentir com a inseminação heteróloga, não poderá negar essa paternidade.

Outra situação interessante é que na maternidade de substituição a mulher que dá à luz é a mãe da criança e o casal solicitante deverá adotar a criança nascida, regularizando assim a filiação.

Na França⁷⁷

A normatização nesse país é clara e precisa o que demonstra amadurecimento a respeito na análise a respeito da reprodução assistida.

Na França regras deontológicas e éticas foram o direito e deveres dos que buscam o processo da reprodução assistida, e todas as questões são resolvidas em torno dos Centros de Estudos e de Conservação do Sêmen, os denominados CECOS, que funcionam sob a tutela do Ministério da Saúde francês.

Do doador exige-se:

- a gratuidade do fornecimento do esperma;
- que seja maior de idade e menos de cinquenta anos;
- demonstre a paternidade de pelos menos um filho anterior ao ato da doação;
- submissão ao rigor de testes clínicos sob o ponto de vista da higidez genética e à fertilidade, objetivando-se a segurança e o sucesso da inseminação.

Ao casal solicitante é assegurado o direito ao anonimato de suas identidades e ao segredo do ato médico, como também às garantias preventivas de risco de transmissão de enfermidades hereditárias.

⁷⁷ WIDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – 2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p.100.

Na Itália⁷⁸

Na Itália o assunto a respeito da reprodução humana assistida é encarado sob forte influência de fatores religiosos e morais. O Vaticano em 1987, através da Instrução da Congregação para a Doutrina da Fé, condenou terminantemente os métodos de reprodução assistida.

Existe grande polêmica a respeito, sendo que as críticas à inseminação assistida heteróloga têm como sustentação o texto constitucional italiano em que se refere à *società naturale*.

Santosuoso, opositor da reprodução artificial com doação de sêmen afirma que a procriação de uma criança pelas vias naturais, deve ser fruto de ação e responsabilização conjunta de um homem e de uma mulher. Afirma propiciar, a reprodução heteróloga, casos de incestos e de impedimentos dirimentes, nas hipóteses da mulher ser inseminada com o sêmen de um familiar seu. “*La Fecondazione Artificiale Umana*”, Milano, 1984, pp. 19-20. (Obra citada pelo autor constante da nota de rodapé).

Giocoli Nacci critica a inseminação com a utilização de sêmen do doador, considera atitude egoísta a opção da prática pelo casal, colocando em contrapartida, os méritos da adoção. “*Inseminazione Artificiale Umana*” (Atti 2 Seminario Internazionale) Palermo, 1981, p. 284.

A corrente favorável à inseminação assistida diz que o caráter natural da família não se vê atingido pela reprodução assistida, pois a busca pelo filho tem exatamente uma finalidade natural da família.

A Comissão Ministerial de Fecundação Artificial Humana, em segunda proposta em 1985 prevê:

⁷⁸ WIDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – 2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p.102.

“Os cônjuges casados há pelo menos três anos, que não tenham idade superior a 40 anos, e não estejam separados de direito ou de facto, podem requerer, em caso de infertilidade do casal, não superável por outros meios, e de graves prejuízos para a saúde dos pais ou do nascituro, autorização para a prática da inseminação artificial heteróloga.”

A inseminação heteróloga não é permitida quando o casal já tiver dois filhos ainda que adotivos. Contudo se o único filho do casal foi fruto de inseminação heteróloga, se permite que o casal tenha outro filho com a mesma prática.

Ao casal e ao doador fica assegurado o direito de anonimato, mas o doador deve ter entre 21 e 40 anos de idade e o consentimento da esposa para a doação deve é exigido, e a doação deve ser feita de forma gratuita.

É competência da Justiça de Menores a autorização da prática heteróloga e depende de autorização judicial também a necessidade de quebra do sigilo, contudo em casos especialíssimos.

Em junho de 2005 decidiu-se em um plebiscito a manutenção destas normas.

Na Espanha⁷⁹

A Lei 35 de 22 de novembro de 1988, regula a procriação artificial na Espanha, tendo como princípio fundamental a facilitação da procriação quando outros meios não forem eficazes ou para evitar a transmissão de doenças de fundo genético à prole.

A lei não estabelece restrições sobre o estado civil da mulher receptora, o doador tem que ser maior de 18 anos e haverá o anonimato das partes, e deve haver consentimento prévio do casal formalmente e não poderá ocorrer a impugnação de paternidade.

Portugal⁸⁰

⁷⁹ WIDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – 2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p.105.

⁸⁰ WIDER, Roberto, Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética – 2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp.106/107.

O Capítulo III do Decreto 415/VII aborda a questão da reprodução heteróloga, que só é permitida em caso de comprovada esterilidade do marido ou do convivente.

O artigo 1.801, do diploma civil português anuncia a disposição do sistema jurídico em aceitar os progressos científicos e os meios de provas, além de visualizar a verdade biológica na questão de parentesco.

Quanto à impugnação da paternidade prescrevem os artigos 1.838 e 1.839:

1.838 - “A paternidade presumida nos termos do artigo 1.826 não pode ser impugnada fora dos casos previstos nos artigos seguintes.

1.839 – A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho ou nos termos do art. 1.841º.

1. Na ação o autor deve provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável.
2. Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentir.”

A doação de esperma é gratuita assegurando-se o anonimato das partes.

Percebe-se claramente que as questões a respeito da reprodução assistida são as mesmas em muitos países, tendo como diferenciação a cultura e a religião como ponto determinante de influência a ser discutida.

6.6. Aspectos gerais do procedimento da reprodução assistida

Com o fim de manter a ordem pública, a ética e a proteção do ser humano, muitas são as maneiras que as clínicas encontraram para que possam passar confiança aos casais que delas se utilizam.

A mídia tem um papel relevante, eis que sempre se encontra artigos científicos publicados, que auxiliam no entendimento do que ocorre no mundo científico e no que se refere à reprodução humana, há um fomento geral em busca por informações.

Quando um casal procura o tratamento da reprodução assistida, não tem idéia de custos e quais serão os meios para se chegar ao nascimento do filho.

O art. 225 da Constituição Federal em seu § 1º, II e V, dispõe sobre a diversidade e a integridade do patrimônio genético, e a fiscalização de quem trabalha com material genético, seu controle, produção e comercialização, também em relação às técnicas, métodos e substâncias que possam trazer riscos para a vida, e para a qualidade do meio ambiente.

Qualquer técnica utilizada pela reprodução assistida tem um alto custo ao casal que deles necessita. Além do que, nem sempre estas técnicas têm o sucesso esperado; sabe-se que apenas três em cada dez mulheres conseguem engravidar na primeira tentativa.

As novas tentativas exigem injeções diárias de hormônios com o fim de provocar ovulação e o casal tem que ter muito controle, dedicação e exames dolorosos à mulher, que tem a maior parte da frustração quando não ocorre o sucesso esperado.

O impacto emocional na espera, de que, a fertilização resulte positiva, levam esses casais a tratamentos psicológicos, pois sozinhos não conseguem o equilíbrio depois da falta do resultado esperado.

Os psicólogos chegaram à conclusão de que há muito investimento em jogo, tanto emocional como financeiro, e o dinheiro também é um fator de agravamento do estado emocional dos casais.

O tratamento em clínicas particulares é de alto custo, e existem clínicas que fazem um pacote como: Um valor por três tentativas.

Alguns hospitais públicos oferecem a reprodução assistida gratuitamente, mas é o próprio paciente quem paga o medicamento que custa muito caro, mas mesmo assim existe uma enorme fila de espera em cada unidade para serem atendidas, e essas pessoas não desanimam e se mantêm firmes para a busca de um filho.

Esse também é um fator de frustração, pois depois de toda a espera pelo atendimento, e o planejamento que o casal ao longo do tempo vai fazendo, e passando pelas tentativas não obtêm o que tanto almejam, traz a dor da tristeza, da vergonha e não se conformam com o resultado.

CAPÍTULO VII

7. ATUALIDADES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

7.1. Considerações científicas

Várias considerações já foram informadas, tanto no que diz respeito ao avanço da ciência como pelos inúmeros resultados obtidos no que concerne à reprodução assistida.

Inegável, contudo, por ser assustador observar o que os cientistas conseguem através de equipamentos em manipular células e após a concepção fora do útero materno, manuseiam pequenos embriões, colocando-os no útero materno ou congelando-os.

Na verdade pode-se dizer que o embrião é uma coisa, se a palavra pode ser esta, pois não estando dentro do útero materno, podem ser congelados e manuseados como se fossem uma coisa qualquer.

Nesse contexto, inegável se pensar, que está nas mãos do homem o que sempre esteve à proteção da natureza, e apesar de ter o homem conhecimento suficiente para a manipulação, alguns aspectos de valoração ética, se dirigem para:

- a) a perda deliberada ou prevista de embriões precoces;
- b) a utilização do embrião nas pesquisas;
- c) o risco do aborto do embrião, tanto antes como depois da sua transferência para o útero;

d) para as diversas intervenções necessárias na realização da Fivete, tendo em vista que toda a condução do processo, desde a maturidade do óvulo, são discutidos em nível técnico;

e) a falta de naturalidade visível no uso da técnica.⁸¹

Segundo entrevista realizada com a Dra. Maria do Carmo Borges de Souza, presidente da Comissão Nacional Especializada de Fertilização Assistida da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia FEBRASCO, e presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida.⁸², as técnicas não fazem milagres.

A Dra. Maria do Carmo comenta que, “...ultimamente as pesquisas a respeito de Reprodução Humana Assistida, apontam para uma série de possibilidades que atenderão a muitas demandas da sociedade”. Mas esclarece que as técnicas de RHA não são absolutas, não fazem milagres nem produzem bebês perfeitos ou imperfeitos. Segundo ela o que fazem os médicos é dar uma ajuda à natureza.

No que diz respeito às doações de embriões para pesquisa, alega a Dra. Maria do Carmo que apóia a doação, pois entende que é uma possibilidade de se contribuir para a vida, em benefício de pessoas que possuem doenças seríssimas, proporcionando uma melhor qualidade de vida.

Cabe ao casal optar por autorizar ou não a doação dos embriões congelados há mais de 3 anos para a pesquisa, antigamente o que se conversava com os casais é que o destino dos embriões era, serem utilizados pelo próprio casal,

⁸¹ MACHADO, Maria Helena, Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos, Editora Juruá, Curitiba, 2009, p. 85. Delineia ainda a autora que: “Sabe-se, no entanto, que a finalidade da fertilização *in vitro* pode percorrer outros perigosos caminhos. A fertilização *in vitro* pode servir como finalidade puramente científica: para conhecer o modo e as características da fecundação e o desenvolvimento da vida humana. Também, poderá servir para fins eugênicos: ter-se um conhecimento mais exato das taras hereditárias e ter a possibilidade de curá-las. Poderá as vezes se realizar para ter um conhecimento exato do poder manipulador do homem sobre a fecundação e gestação como para conferir-se até que estágio é possível manter a gestação humana fora do âmbito atual. Poderá ainda servir para responder sobre a possibilidade de se produzirem seres humanos em provete. Pode servir para vir a utilizar o ser humano como coisa ou objeto comerciável”.

⁸² MONTENEGRO, Karla Bernardo – entrevista com a médica Maria do Carmo Borges de Souza, para o projeto Gente.

permanecerem indefinidamente congelados ou, em algum momento, serem doados para outros casais, mediante consentimento.

Os termos de consentimento informam sobre existência da **Resolução do Conselho federal de Medicina**. Atualmente também se informa a possibilidade de usar os embriões para pesquisa.

Com as questões acima, a reação dos casais são diversas em relação ao congelamento em si. A experiência que se tem com as reações é variada, portanto, alguns utilizam seus embriões, outros casais se separam, alguns doaram para outros casais, e com outros casais não se tem mais contato.

O destino dos embriões é uma preocupação dos casais, pois alguns aceitam a idéia da doação, outros são conservadores e sentem que os embriões são seus filhos congelados. Quando se questiona a doação dos embriões para pesquisa, as pessoas de um modo geral se surpreendem e pedem um tempo para pensar.

As técnicas de Reprodução Humana Assistida estão cada vez mais utilizadas, por mulheres com diferentes tipos e problemas, não só para a infertilidade.

É o exemplo de mulheres que se descobrem com câncer e querem preservar o óvulo para tentar engravidar após o tratamento.

Mulheres que adiam a gravidez em função da carreira profissional, estão buscando o congelamento de óvulos, para diminuir as complicações da maternidade após os 35 anos. Contudo, apesar das linhas de pesquisa serem diversas, algumas técnicas, são ainda experimentais, e os médicos alertam que a Reprodução Humana Assistida não é a solução para superar todos os obstáculos relacionados à geração de um filho fora da idade biológica ideal ou ainda por problemas de infertilidade.

O congelamento de óvulos é muito interessante, mas ainda é experimental, no que se refere à incerteza de uma gravidez futura.

Atualmente existem três perspectivas, três linhas de pesquisa, que são:

A primeira é a que estimula o ovário a produzir os óvulos para congelá-los maduros, ou seja, em metáfase 2, que é o ponto em que estariam adequados para serem fertilizados pelos espermatozóides (só que em um procedimento *in vitro*).

A segunda prevê realizar a maturação folicular *in vitro* (no laboratório, simulando o processo fisiológico, que dura, 85 dias desde a extrema imaturidade do óvulo até a metáfase II). As pesquisas buscam utilizar células ou tecidos congelados para tanto.

A terceira possibilidade é a perspectiva de congelar as tiras de tecido ovariano, congeladas (anteriormente retiradas por laparoscopia, por exemplo) visando reimplantação, ou seja, transplantando posteriormente o tecido no próprio local do ovário (por cima) ou o colocando no antebraço ou mesmo na coxa para que ele retome a sua função.

O que parece mais promissor é o congelamento de tecido ovariano e posterior implantação em seu local de origem. Recentemente se teve a notícia de nascimento através deste procedimento. (Lancete, grupo do Donnez, da Bélgica). O procedimento onde existe uma menor manipulação do organismo é a maturação *in vitro*, mas ainda não ocorre em humanos.

No que se refere às mulheres com tratamento contra o câncer, quando as pacientes descobrem o diagnóstico de câncer precocemente, podem preservar um pedaço do ovário para ter filhos no futuro. O procedimento é através de uma laparoscopia. De um modo geral os grupos estão se adaptando para fazer o congelamento de tecidos, que é a tendência.

Todas as técnicas acima pressupõem a assinatura de um Termo de Consentimento, onde os beneficiários se informam das possibilidades de uso e dos riscos inerentes aos procedimentos.

O Termo de Consentimento deve ser escrito de uma forma clara, acessível a vários tipos de pessoas, com nível diferente de entendimento. Termos técnicos devem estar explicados. Necessário ter tempo para se esclarecer dúvidas, e assim os casais não se sintam pressionados a decisões.

Na fertilização *in vitro*, por exemplo, tudo tem que estar adequado e assinado antes do dia da captação dos óvulos. Este documento prevê a autorização para manipulação de material genético em laboratório, congelamento de embriões, informando sobre os riscos.

As principais dúvidas dos casais, segundo a Dra. Maria do Carmo são as que por mais que se informe sobre a Reprodução Humana Assistida, não entendem como a técnica pode não dar certo, pois os casais entendem que se pode postergar a gravidez, porque a qualquer momento existem as clínicas para resolver os problemas.

Segundo a Dra. Maria do Carmo A fertilização *in vitro* não gera bebê perfeito nem imperfeito. Uma vez que a paciente engravide, é uma gravidez normal e necessita de acompanhamento como qualquer outra. Não é porque houve manipulação em laboratório, que estará livre de complicações obstétricas como parto prematuro, hipertensão na gravidez, diabete gestacional.

Outra dúvida é sobre a Síndrome de Hiperestímulo Ovariano e Gravidez Ectópica. A primeira é a complicação resultante do uso da medicação de indução de ovulação. Ela é rara, razoavelmente previsível, mas eventualmente ocorre. A gravidez Ectópica é uma gravidez que se desenvolve na trompa, que está cada vez mais rara, pois já existem recursos de posicionamento do embrião.

A decisão final quanto ao número de embriões a serem transferidos é tomada pelo casal, respeitando-se as normas da CFM.

Atualmente a grande tendência é de se transferir menor número de embriões, evitando-se assim, a multigemelaridade. Existe uma análise cuidadosa das fases ocorridas, desde quantos folículos presentes na ultrassonografia do dia do desencadeamento da ovulação, quantos óvulos em metáfase II, quantos embriões resultantes, grau de desenvolvimento dos mesmos. Finalmente a idade da mulher. Com estes dados técnicos, submetemos o casal a partir daí, estabelecer um consenso sobre o número de embriões a serem transferidos.

O diagnóstico pré-implantatário com a finalidade de prevenção a malformações ou doenças não é feito regularmente no Brasil. Nos Estados Unidos da América se faz em torno de 400 por ano, contra cerca de 50 no Brasil.

Quando um embrião apresenta algum problema, pelas normas do CFM não se pode descartar, mas a realidade não é tão simples.

Caso seja realizada uma biópsia e se verifique uma Síndrome de Down, que não é incompatível com a vida humana, não se pode descartar porque fere a norma ética, este embrião tem que ser congelado. Contudo, ai surge uma pergunta: Qual o destino de embriões com doenças genéticas ou mal formados?

7.2. Necessidade de Legislação sobre a Reprodução Assistida

Diante de todas as observações acima referidas, nos vários temas que envolvem a reprodução assistida, evidencia-se a necessidade de uma lei, que regulamente de maneira transparente e clara, os aspectos civis e éticos da reprodução assistida.

Nas palavras de Roberto Wilder,

“Atrelar tais novidades a antigas normas, fundamentadas em um paradigma no qual estas inovações não cabem, pode resultar na desvirtuação da norma, pervertendo-lhe tanto a intenção quanto o sentido originais, que são os de garantir o direito.”⁸³

⁸³ WILDER, Roberto, Reprodução Assistida, Aspectos do Biodireito e da Bioética, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007, p.34 – Ainda sobre o assunto, na mesma obra e página 35, aduz o autor que: “Temos, assim, que à análise jurídica destas questões impõe-se um posicionamento ético como princípio norteador, o qual unifique, sob a égide da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, as normas de controle social das práticas que abarcam os avanços técnico-científicos no campo da genética e da procriação assistida. Mesmo se ausente na letra da lei, são estes os alicerces que a sustentaram, não podendo ser deixados de lado sob pena de se ver, na sua ausência, desmoronar todo o sistema. Desse modo, é mister, ao incorporar as novas possibilidades incessantemente produzidas pelas ciências médicas no campo da genética, assumi-las realmente como *novas*, não tentando, apenas, enquadrá-las nos conceitos jurídicos preexistentes, posto terem sido pensados e desenvolvidos para avaliação jurídica de determinadas realidades, inseridas em determinados contextos. Portanto, não se adaptam, necessariamente, a novos fatos e situações, até então sequer imagináveis.

Necessário, pois, uma lei que observe os valores, princípios e regras constitucionais existentes. Com mecanismos estatais de controle e fiscalização, não somente anteriores à concepção e ao nascimento, mas posteriores ao nascimento.

A criação de uma lei, portanto, para regular a prática da reprodução assistida, em relação à dificuldade de consenso sobre alguns temas, tais como: produção, seleção, congelamento, pesquisa e descarte de embriões humanos, e também sobre o sigilo e gratuidade das doações de material genético, a determinação da filiação da criança, com reflexo no que se refere à sucessão.

Com a criação de uma legislação específica, se poderá evitar práticas eugênicas, escolha de caracteres genéticos da criança, demonstrando que na verdade muitos buscam através da reprodução assistida uma forma de comando da características da prole.

Com efeito, o que a lei deve buscar é a garantia do acesso dos casais ao projeto parental, no que este projeto condiz com os direitos fundamentais que todo cidadão tem, de constituir uma família.

Contudo, limitar esse acesso, para não tornar a ciência, meio impróprio, de transformar o que parece um caminho de solução, em um caminho de violação das leis naturais da concepção, não é o ideal.

Neste sentido, há que se respeitar, os princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), da responsabilidade (art. 226, §7º), da intimidade (art. 5º, X) e do direito à saúde (art. 196), numa acepção ampla.

As normas a serem editadas não poderiam ferir o princípio da isonomia, e restringir o acesso de determinadas pessoas aos métodos da reprodução assistida, desde que haja a indicação médica por problemas de saúde que impeça a reprodução normal.

A lei tem que abranger a todas as pessoas independentes do estado civil, da raça ou da condição financeira, desde que tivessem capacidade civil, física e mental

e que demonstrassem condições de cuidar de uma criança dentro dos critérios éticos e morais.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 226, § 7º e a Lei nº 9.263/96, existe a todo cidadão o direito ao planejamento familiar e também a obrigação do Estado em disponibilizar todos os recursos, para que possa se utilizar das técnicas da reprodução assistida e assim possibilitar o acesso ao projeto parental.

Como o projeto reprodutivo envolve muitas pessoas, com objetivo de extrema seriedade, há que se velar pela proteção das partes e resultado, e também pela responsabilidade dos profissionais, envolvidos nas etapas da reprodução assistida.

Um direito constitucional é o de acesso à saúde e considerando que a esterilidade é um problema de saúde reprodutiva, que autoriza o recurso à medicina com o fim de solução, não impede, contudo, que haja por parte da lei, limitação a esse acesso.

Além de legislação específica existe a necessidade de verificação dos interesses de cada tipo de procedimento, pois a reprodução assistida é um dos processos científicos, que envolve outros procedimentos, como a intervenção de embrião ou a sua criopreservação, e isso em consonância com os princípios fundamentais, para que haja o desenvolvimento de uma gravidez em segurança.

Vários foram os projetos apresentados sobre reprodução assistida seguindo inclusive os conceitos e recomendações da Resolução Normativa n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.⁸⁴

⁸⁴ A Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM n.º 1.358/92) assegura o sigilo dos procedimentos e a não comercialização do corpo humano e de gametas. A Resolução prevê: o consentimento informado nos casos de fertilização in vitro, a limitação do número de receptores por doação, delimita um prazo máximo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo, proíbe a redução e o descarte de embriões, permite a seleção embrionária (somente a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias), a geração dos embriões pela própria doadora ou mediante cessão, autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta, (desde que possuam parentesco até o segundo grau), e concede a fertilização in vitro em mulheres solteiras.

Já o Projeto de Lei n.º 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, buscou transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei.

Nele se propõe a necessidade do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada ou viver em união estável, e prevê que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal.

O projeto proíbe o descarte de embriões e a redução seletiva, mas permite a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias.

Dispõe que se deve preservar o sigilo dos envolvidos no processo, e estabelece que o doador produza somente uma gestação para cada, um milhão, de habitantes.

Permite a doação temporária do útero em mulheres “barriga de aluguel” com parentesco até o segundo grau.

Já o Projeto de Lei nº 2.855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura não prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica.

Nele se prevê a criopreservação dos embriões por cinco anos, e após tal período poderá haver o descarte ou a utilização com fins científicos.

Também estabelece o projeto a permissão da redução seletiva de embriões em caso de risco de vida, para a gestante autorizando a seleção para evitar a transmissão de doenças hereditárias.

Dispõe sobre o sigilo quanto ao uso da técnica e prevê que o doador só poderá ter dois filhos em um mesmo Estado.

No que se refere à gestação substituta, estabelece a necessidade da aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (criada pelo próprio projeto), quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora.

O Projeto prevê a possibilidade de inseminação “*post mortem*”, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser, nos casos em que houver prévia e expressa manifestação do casal.

Os seus destinatários, pessoas que se encontram na situação vulnerável de esterilidade ou infertilidade diagnosticada, não estão inseridos nas decisões e muito menos no conhecimento das matérias abordadas.

O tema exige minucioso estudo acerca de todas as possibilidades e formas de incorporação das novas tecnologias reprodutivas para solucionar o problema da esterilidade/infertilidade, mas também de possibilitar a execução de suas normas, tanto na reprodução assistida como na responsabilidade dos envolvidos profissionalmente.

Já se pode considerar a reprodução assistida um fato consumado em diversos países detentores da medicina moderna. E não se pode impedir a busca de realização do projeto parental de uma pessoa capaz, impossibilitando seu acesso às técnicas e tratamentos na área da reprodução humana. Contudo, não se deve fechar os olhos, a todos os fatos pormenorizados do procedimento conceptivo.

Trata-se de uma maneira artificial de concepção, mas que provoca um resultado nada artificial, e nesse sentido há que se elaborar uma lei a partir da reflexão interdisciplinar, que envolva outras áreas da ciência como bioética, psicologia, direito, genética e sociologia.

A lei a ser estabelecida deverá conter procedimentos precisos, seguros, mas que permitam que o avanço da ciência possa ser assegurado, contudo, que a prioridade seja a saúde daqueles que buscam a fertilização.

Como acima já exposto, há que se respeitar os princípios constitucionais, que amparam o direito à intimidade (art. 5º, X), o direito à saúde (art. 196), o direito a formar uma família (art. 226, § 7º). A previsão constitucional do direito ao livre exercício do planejamento familiar (Lei nº 9.263/96).

A normatização deverá ainda conter em seus preceitos as diretrizes necessárias para que não se cometam, utilizando-se, dos motivos para a busca da filho, situações de ordem pública, que coisifiquem o ser humano, tornando a técnica da reprodução assistida um meio de escolher as características de um filho, de modo a propagar a absurda idéia de se construir um ser humano, com as características almejadas, como se proprietário fosse da criança e do seu futuro.

Os projetos de Lei acima referidos se preocupam, com as polêmicas questões a respeito da reprodução assistida, uns alargam os consentimentos, outros estreitam, mas todos têm em seu bojo, a clara evidência da preocupação com a questão ética e os princípios constitucionais.

Resta saber, se seriam suficientes para conter os abusos e as permissividades que a lei não consegue coibir, às vezes por insuficiência de normas e outras por não se tornar operantes na questão da verificação da sua execução.

A normatização coibiria com certeza algumas formas de abuso, contudo, não conseguiria detectar todos os casos e a todos os envolvidos.

As normas são necessárias, mas a sua efetiva execução é de difícil concretização, quando se trata de um país de tão grande território e diferentes costumes.

É fácil verificar a existência de casos de aborto, mas não há como se detectar todas as clínicas que o provocam, todos os profissionais que se envolvem em fazê-lo, evidências da concretização existe em muitos lugares, mas a impunidade é quase que total.

Em primeiro lugar existe a necessidade de uma conscientização da população sobre o procedimento da reprodução assistida, que, na sua grande maioria, sequer conhece a possibilidade e as técnicas necessárias.

Haveria ainda a necessidade de se promover um estudo específico dos interessados pela técnica, uma verificação física e psicológica, para que se detectasse que na verdade é a paternidade e maternidade que se busca.

Qual o sentido específico, da necessidade das partes, em buscarem através da inseminação artificial, um filho.

Alinhado a esse estudo e pesquisa, deve-se ter que nem todas as pessoas se sentem tranquilas em buscarem a concepção através dessa técnica, mas são levados pela própria falta de conhecimento do procedimento, pois foram informadas por pessoas às vezes leigas que “ouviram falar”, sem qualquer respaldo científico.

Outros sabem todas as formas, maneiras, técnicas e procedimentos, e buscam na verdade um filho, por profundo sentimento de paternidade e maternidade, e não se abatem com as orientações.

Existem aqueles que não por infertilidade, mas por encontrarem na técnica da reprodução assistida, uma forma de prolongarem seu período de vida com capacidade laborativa, temendo que com o passar dos anos, fisicamente não poderão gerar filhos sem risco.

Nesse caso, busca na técnica, a possibilidade de deixarem seus embriões congelados, o tempo necessário para que todas as realizações profissionais, afetivas, se concretizem e por último, pensam em completar a família.

Ainda se podem elencar, os que buscam na reprodução assistida, o modo eficaz de se ter um filho, de acordo com todas as características almejadas, programando-se inclusive os seus futuros, desejos e profissões, sem contar com as formas físicas escolhidas.

Enfim, a cada dia se faz necessário, a normatização para que esses desencontros de anseios possam ser limitados ao fato de apenas se ter o problema da infertilidade e buscar na reprodução assistida a possibilidade de gerar.

É reconhecido o direito da criança à verdade sobre suas origens biológicas, e vedadas as práticas médicas de inseminação artificial, contrárias às disposições legais e com intuito comercial, com sanções penais.

As sábias palavras de Maria Helena Diniz trazem um desfecho a esse assunto, que em muito condiz com o nosso raciocínio, quando diz:

“Fazemos também, devido à atualidade do tema, enquanto não advier uma minudente e rigorosa regulamentação legal, um apelo à classe médica e ao legislador para uma profunda reflexão sobre a reprodução humana assistida com a mais absoluta responsabilidade e à sociedade para que acate o princípio da dignidade da pessoa humana nascida por meio da biotecnologia e o do superior interesse da criança assim gerada e, ainda, invista mais num programa em favor dos “bebês de sarjeta”, abandonados em orfanatos à espera de uma família que os acolha, e menos nos projetos de “bebês de proveta”, pois parece-nos que seria mais importante salvar uma criança sem mãe ou pai do que um casal sem filho. “O sentimento que criou a adoção, muitas vezes, é maior do que qualquer resultado de laboratório, por mais espetacular que ele pareça”. Afirma, com razão, Genival Veloso de França, que aqui aplaudimos”.⁸⁵

7.3. Novidades da inseminação humana artificial

Segundo as notícias que abordam o assunto, muitas são as realizações da ciência, noticiou-se por exemplo, que: “Cientista consegue criar espermatozóide humano em laboratório. A descoberta abre caminho para o tratamento da infertilidade masculina.

As células-tronco embrionárias são uma das maiores promessas da ciência para o tratamento de muitas doenças ainda sem cura, como Parkinson, Diabetes tipo 1 e Paraplegia. Retiradas de embriões congelados em clínicas de fertilização que normalmente seriam descartados, elas podem se transformar em qualquer uma das 216 células do corpo humano.

Um grupo de cientistas da Universidade de Newcastle, na Inglaterra, liderados pelo biólogo iraniano Karim Nayernia anunciou uma nova utilização para as células-tronco embrionárias na medicina.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena – Curso de DIREITO CIVIL BRASILEIRO- Ed. 19ª Ed. – Editora Saraiva – São Paulo – 2004 – p.569, citando Genival Veloso França, Em favor do Direito Médico, Justilex, 18:30 – 1.

Com elas, a equipe conseguiu criar esperma humano em laboratório. No experimento, células-tronco masculinas deram origem a células progenitoras do espermatozóide com conteúdo genético completo, ou seja, 46 cromossomos. Após um processo de maturação e meiose, a divisão característica da formação de células sexuais, cada célula deu origem a dois espermatozoides com 23 cromossomos. Os espermatozoides são idênticos aos criados naturalmente pelo sistema reprodutor masculino, com cabeça, cauda e proteínas capazes de ativar um óvulo durante a fertilização.

O anúncio do sêmen criado em laboratório levanta evidentes questões éticas. Caso ele seja usado para fecundar um óvulo, a criança resultante não terá pai. Sua linhagem genética, do lado masculino, será herdada do embrião cujas células-tronco foram utilizadas para produzir espermatozoides.

O biólogo Nayernia se apressa em esclarecer que o objetivo de seu estudo não é criar seres humanos em laboratório, mas desenvolver linhas de pesquisa para curar a infertilidade masculina. "Nosso estudo se destina a decifrar em detalhes como o esperma se forma e, dessa maneira, entender por que alguns homens são inférteis", escreve ele no relatório da pesquisa. Os estudos também poderão ser úteis para descobrir como algumas doenças genéticas são transmitidas através das gerações.

Segundo Nayernia, um dos próximos passos de sua equipe será tentar produzir esperma em laboratório a partir de células-tronco adultas. Com isso, ele pretende evitar as controvérsias de ordem ética e religiosa que perduram sobre as pesquisas científicas utilizando células-tronco embrionárias. Quem se opõe a elas alega que destruir um embrião, significa matar um ser humano. Os embriões usados pelos cientistas têm no máximo catorze dias, são desprovidos de cérebro e de células nervosas, resultam de fertilização *in vitro* e nunca foram implantados num útero – em suma, não são seres vivos.

No Brasil, as pesquisas com células-tronco embrionárias foram liberadas no ano passado. O biólogo iraniano já foi vítima do preconceito contra seu uso nos laboratórios. Há mais de dez anos, quando trabalhou na Universidade Georg-

August, em Gottingen, na Alemanha, era obrigado a usar células embrionárias de ratos porque as leis alemãs fazem restrições com experimentos que utilizam embriões humanos.

Há três anos, Nayernia decidiu se mudar para a Inglaterra, onde não há essa restrição, para dar continuidade aos estudos. Com a publicação da pesquisa, seus esforços foram recompensados.

Diante do acima, demonstrada fica também a necessidade de regulamentação séria a respeito dos limites da ciência.

7.4. Os limites necessários à reprodução assistida

Impossível imaginar que a manipulação das células e da genética humana não tenha um limite de intromissão do homem, já que ninguém quer se deparar com seres monstruosos à sua volta, ou quem sabe seres sem qualquer comando próprio, mas manipulados por cientistas que buscam, nem sempre o benefício do ser humano, mas o aplauso para suas inconstantes pesquisas.

Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite:

“Pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnica de Reprodução Assistida. A disposição de legislativa se faz necessária, porque embarga a criação anárquica de centros de reprodução (como ocorreu na França, num primeiro momento) evitando a criação de bancos de esperma, por exemplo, de acordo com esquemas de funcionamento diferentes”.⁸⁶

A realidade que em cada dia se depara, é na verdade que a ciência encontrou uma forma de buscar solução para casais que necessitam de ajuda em seu problema de infertilidade, mas também uma forma de, através dessa manipulação das células humanas, grande expectativa de recebimento de fortunas, dos casais

⁸⁶ MACHADO, Maria Helena, Reprodução Humana Assistida Aspectos e Efeitos Jurídicos Editora Juruá, Curitiba, 2009, p.135 – (citação do autor Eduardo de Oliveira Leite – Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 1995. p.331).

que nem sempre pela necessidade, mas como já assinalado acima, a dose exagerada e egoísta de além da busca da paternidade, conseguir manipular o biótipo do futuro filho, como se uma mercadoria fosse.⁸⁷

Contudo, o que parece é que algumas pessoas deixaram o seu lado humano desaparecer, diante das suas possibilidades financeiras, decidindo através de uma das técnicas da reprodução assistida as características, o sexo, o nascimento de uma criança e inclusive o futuro de embriões que possam ser descartados.

Maria Helena Diniz,⁸⁸ trouxe em sua obra algumas indagações que além de interessantes, abrem um leque para outras indagações a respeito dos conflitos que existem e que surgirão com o passar do tempo e com as novidades ainda por serem descobertas.

Os questionamentos são baseados em necessidades de uma regulamentação e também de se absorver a própria legislação como complemento.

“Quando começa a vida legal da criança que nasce pelo processo da inseminação? No ato da fertilização na proveta, na implantação do óvulo no útero ou no instante em que o feto se movimentou? A lei Civil segundo o art. 2º do Código Civil diz que o início da personalidade jurídica é o da penetração do espermatozóide no óvulo (concepção). Nos casos de inseminação *post mortem* o marido deverá deixar declaração expressa por instrumento público ou testamento, de que permite a utilização do seu sêmen na inseminação artificial de sua mulher? Se não deixar tal declaração a clínica de reprodução assistida, depositária da célula germinal congelada deverá entregá-la à viúva? A viúva por sua vez poderia obrigar a clínica a inseminá-la? Autorizar essa inseminação não seria por sua vez a violação ao direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? Se não houvesse esse dispositivo no novo Código Civil,

⁸⁷ Edição 1 622 - 3/11/1999. Esse foi um dos temas jornalístico de uma reportagem da Revista Veja, publicada em 03.11.1999, na Edição 1 622, que indicou a forma como os casais buscam pelo filho que será implantado no útero da mulher, ou seja, através da reprodução *in vitro* de sêmen de outro homem, junto ao banco de sêmen, e a possibilidade do futuro pai da criança a ser reproduzida, de escolher o que desejam que o filho possua. O teor da reportagem, que por incrível que pareça já foi publicada em 1999, ainda causa espanto, porque não parece normal que duas pessoas busquem o banco de sêmen e façam uma escolha como a que abaixo se transcreve, não porque não tenham o direito de terem um filho da forma que sonham, mas porque parece incrível que se possa obter através de múltiplas escolha o perfil do filho que se almeja. Cena real de uma clínica de reprodução artificial no Brasil: um casal recebe um cardápio de doadores do banco de sêmen e nele encontra ofertas variadas. Um professor de origem libanesa que adora surfar ou um escrivão de ascendência espanhola cujo hobby é estudar filosofia. A lista informa que o professor é católico e o escrivão, muçulmano. Descreve seus tipos sanguíneos e relaciona peso, altura e cor dos olhos. O casal estuda as opções, faz sua escolha e, pelo equivalente a 150 dólares, adquire a amostra que dará origem a seu futuro bebê.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – p.403.

dúvidas palpitantes surgiriam como: a criança seria filha de quem? Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria juridicamente extramatrimonial, não teria pai, nem poderia ser registrada como filha do doador por ter nascido 300 dias após o óbito dele. Não haveria como explicar a paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem* já que não estava concebido por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). Segundo enunciado 106 do STJ aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002, “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Apesar de todo o avanço da ciência, as questões, afetivas e éticas, deverão ser encaradas com naturalidade, sempre se buscando o equilíbrio da sociedade como também o limite em que essa inseminação deverá ser realizada, limite esse não só para a ciência, mas também para os casais que a buscam, pois muitas vezes mais ousados são aqueles que fazem das descobertas científicas o exagero no seu destino, e que se sujeitam a tudo pelo prazer de ter um filho.

Para o ser humano, natural é ter filhos concebidos em casa, não nos ambientes frios e calculistas de uma clínica. Principalmente quando estão envolvidas outras pessoas além do casal, que não têm nada a ver com a sua intimidade e com a sua afetividade, apenas proporcionam a busca da paternidade e da maternidade através da inseminação artificial, como se pudessem estabelecer o nascimento da criança somente com a sua performance.

Esse trabalho é uma pequena semente neste tão grande mundo jurídico, mas que questiona a prática da inseminação no que diz respeito à liberdade, com que as coisas acontecem, e demonstrar o fato de que se não houver por parte do legislativo uma regulamentação eficaz, resultados danosos sobrevirão à sociedade.

A ciência nos seus mais variados aspectos existe para colaborar com a forma de vida do ser humano, e trazer benefícios não só à vida dos seres humanos, como dos animais, vegetais, enfim de toda a vida.

Quando o tema é limitar a atuação da ciência, sob o aspecto de restringir abusos que possam modificar de forma negativa a vida do ser humano, quer seja

em atuação direta ou indireta, como no caso de modificação dos alimentos, ou do ecossistema.

A sociedade, em nome da modernidade, tem visto modificações importantes que a ciência tem ocasionado, e uma delas é justamente a reprodução assistida.

Apesar de vários anos de experiência a respeito, esses avanços trouxeram modificações e alterações que a legislação não consegue absorver, ocasionando com isso, falta de parâmetros para julgamentos.

No que diz respeito à reprodução assistida, vários são os pontos de conflitos, e com eles a vida em seus mais preciosos princípios.

Primeiramente se questiona a necessidade da inseminação artificial.

O homem e a mulher como acima já exposto, se unem e ao longo da convivência sente a necessidade de ter um filho, um produto do amor ou da convivência.

Quando a tentativa de ter o filho, de maneira natural, se frustra, a busca de forma alternativa se impõe e procuram por clínicas, que prometem o resultado positivo da filiação.

Nesta fase pouco importa ao casal as implicações jurídicas, e apenas a concretização da paternidade e maternidade os impulsiona para o procedimento que têm para a fertilização.

As questões são sobre o resultado, se existe possibilidade de fertilização com a utilização de seus próprios gametas ou se de terceiros.

Um questionamento a respeito da atitude do casal, é que se não houver a possibilidade da utilização de seus gametas, por que insistir na reprodução assistida?

Nesse momento não seria mais interessante estimular os casais à alternativa da adoção?

Porque se submeterem a um exaustivo tratamento para a inseminação, quando a criança a ser concebida não é biologicamente filho do casal, ou apenas de um, ou até mesmo de nenhum deles.

A técnica é extensiva a todos os cidadãos, como acima, um direito constitucional. Contudo, a busca a nosso ver, deve ter o fundamento de um filho biológico do casal.

Não apenas de um deles, o que acabaria por tornar mãe biológica da criança e pai desconhecido, torturando de certa maneira a relação do casal, pois a um o prazer de ver o fruto biológico da sua prole, ao outro a constante sensação de impotência em procriar.

Se desconhecido o pai, não seria mais interessante que esse casal tivesse adotado um filho, cuja ascendência fosse desconhecida, e ambos os genitores não fosse os pais biológicos da criança, mas pais civilmente constituídos.

De uma só vez a realização do sonho de se ter um filho e a oportunidade de uma criança em ter um lar e a convivência com seus pais, mesmo adotada, segundo a lei brasileira, filho seria em toda a sua plenitude.

Outra controvérsia, a utilização de gametas femininos e masculinos de outros doadores que não o casal que busca a inseminação.

A lei neste caso a nosso ver deveria proibir essa inseminação.

Se o embrião é fruto de inseminação dos gametas de pais desconhecidos, por quê, neste caso, a lei autorizaria essa fertilização, se para o casal o filho de qualquer forma é estranho a ambos?

A utilização da inseminação, com seus riscos para a mulher, produziria em seu ventre um filho concebido de terceira pessoa, e não teria qualquer identificação com a gestante do seu companheiro ou marido.

São questionamentos que não foram respondidos, pois na verdade a utilização da fertilização nestes casos teria o único condão de satisfazer a vontade de casais, e até mesmo de esconderem a esterilidade.

Desta forma deveria a lei coibir motivo irrelevante como o acima, pois a fertilização existe para proporcionar a casais com problemas de conceberem seus filhos de forma normal, os conceber de maneira eficaz, dentro das técnicas da reprodução.

O Estado tem várias casas de manutenção de menores abandonados, que esperam por pais que busquem a adoção dessas crianças, que crescem sem famílias, sem condição material, física, psicológica, pois estão com outras crianças e cada uma com problemas advindos das famílias que as abandonaram.

Crescem neste ambiente sem a ternura e o afeto que proporcionam a formação do ser humano para a fase adulta.

Como entender um país com tantas crianças abandonadas à própria sorte, possibilitar que pessoas se submetam a enorme sacrifício, para uma gestação de filhos que não sabem de quem.

Falar da técnica conceptiva que necessita da barriga de outra mulher para a gestação, é no mínimo incompreensível, não em todos os casos, pois que vimos em capítulo anterior que várias são as técnicas da gestação em barriga que não a da mãe.

No caso, por exemplo, de uma mulher utilizar seu útero para que casais que apesar de terem possibilidade de procriarem, mas a mulher não tem possibilidade de gestar, pode-se entender que outra mulher, principalmente se da mesma família, ali

hospede o fruto de um relacionamento e, portanto, a gestação em outro útero, entregará ao casal o filho que foi concebido por ambos.

Mas o que falar de gestação em útero de uma mulher com concepção de gametas de pessoas desconhecidas, ou pelo menos se um dos gametas for de pessoa desconhecida.

Há neste caso a concepção de uma criança, com doador de homem desconhecido do casal, e a gestação em útero de outra mulher que muitas vezes desconhecida do casal, aos nossos olhos deveria ser esta forma coibida pela lei.

Não existe neste caso qualquer necessidade de se buscar na inseminação, cuja técnica, envolve várias pessoas, para se ter um filho que além de não ser gerado no útero da mulher provém de pessoas desconhecidas.

Mesmo que haja a possibilidade da ciência, a principal necessidade da concepção através da reprodução assistida deve ser coerente e não utilizada de maneira, apenas a satisfazer caprichos de casais, cuja possibilidade monetária lhes proporciona, verdadeiras artimanhas para procriação.

No que se refere à reprodução assistida em barriga de outras mulheres, seja a substituta ou portadora que emprestam seu útero, há que se questionar: A mulher só empresta seu útero?

Será que a ciência pode fazer com que a gestação transfira da mãe biológica, a afetividade, a ternura e o carinho, enfim que transmita todas as características psicológicas da mãe com quem vai a criança conviver?

A gestação de um filho não somente ocorre com o crescimento da criança no útero da mulher, mas existe uma ligação muito maior entre a criança e a mãe, ligação esta psicológica em que a mãe passa ao feto todas as suas ansiedades e desejos, como o afeto que a liga ao filho e isso independente de posição social, raça ou intelecto.

Será necessário que uma mulher por impossibilidade de gestar passe seu feto a outra mulher só pelo desejo de ter um filho?

Não se deve olvidar, que a fase gestacional une fortemente a criança à mulher gestante, e nasce em ambos um forte elo, independente se filho biológico ou não.

Sendo gametas estranhos, implantados no útero da mulher a faz se sentir mãe biológica, nos casos em que a técnica utiliza o útero da própria mulher e gametas femininos de outra, que serão fecundados por sêmen de seu marido, no caso da inseminação heteróloga.

Na situação acima, a inseminação é aconselhada pelos médicos, pois a mãe estaria gerando um filho de seu marido, contudo, com óvulos de mulher desconhecida, e neste caso nem se cogita do não amor da mulher pela criança.

Por que razão a mulher que empresta seu útero não sentiria como se a criança fosse sua?

Um contrato estabelecido teria força de separar a criança dessa mulher?

Não há que se falar em contrato a respeito de reprodução assistida por substituição, contudo, a Resolução nº 1.358/92, de forma restrita a autoriza, apesar do embrião não ser uma coisa, e não ter o procedimento utilizado semelhança com o transplante de órgãos.

O ser humano não é um objeto, não pode ser comercializado, ferindo ainda o princípio da vedação e comercialização de substâncias, órgãos e tecidos humanos, segundo o artigo 199 § 4º da Constituição Federal, cumulativo com o artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 9.434/97.

Segundo o Código Civil a validade dos negócios jurídicos requer que o objeto a ser convencionado seja lícito, determinado ou determinável, o que faz com que o contrato de gestação por substituição não seja feito com fins lucrativos.

Como já dissemos, se o que vêm à mão dos pais, é uma criança desconhecida até o momento do nascimento, por que não buscar uma criança já nascida e adotar tornando desta forma o futuro de uma criança abandonada, muito melhor.

O amor se concretiza dentro da proveta? A união dos gametas que nem sempre de ambos do casal ali "*in vitro*" é a maneira de estabelecer um elo entre o embrião e o casal?

A lei deveria a nosso ver coibir essas práticas, e da forma mais intensa possível.

A disposição legal a ser implantada, deve ter como condição à utilização da reprodução assistida, a obrigatoriedade de estudo psicológico com o casal, e em caso de motivo irrelevante, coibir o acesso à qualquer uma das técnicas.

Na legislação brasileira deve prevalecer em princípio o direito da criança, os aspectos que implicam todas as técnicas de reprodução, pois para chegar ao objetivo do casal de procriar, muitos poderão ser os resultados negativos durante a reprodução, mesmo que se chegue ao resultado positivo do nascimento da criança.

Como já estudado anteriormente, muitos são os resultados danosos durante a reprodução assistida, como exemplo a multiplicidade de embriões dentro do ventre da mãe, que muitas vezes necessáριο a morte de alguns, para não trazer risco de vida para a mãe e a criança que se quer obter, não importando, portanto, que algumas venham a morrer ainda no ventre, por meio de injeções letais.

Outro fato é a existência dos embriões excedentes, que mesmo tendo destino certo nas experiências e utilização em células tronco, podem ser produzidos propositadamente com o fim monetariamente promissor.

A falta de um motivo relevante, ocasionando a utilização da técnica por ter ocorrido a fertilização "*in vitro*" como, por exemplo, para que a mulher trabalhe em período de idade produtiva, como também estudando, deixando para idade posterior

a maternidade, é uma forma de utilização da reprodução assistida de maneira fútil, tornando o ser humano senhor determinante da sua prole.

Mulher já em idade avançada, que aos 50 anos resolve ter mais um filho, utilizando-se das técnicas de reprodução assistida, é de se questionar se não deveria ser proibida pela lei, a não ser que fosse a sua primeira gestação.

Mulher que vive sozinha que resolve adotar embrião, para ter uma gestação sem conhecimento do doador, trazendo à criança a falta de informação paterna, não é um motivo relevante para a utilização da técnica, devendo ser coibido também pela lei.

São muitas as necessidades humanas e a maternidade ou paternidade mesmo sendo uma delas, e diga-se uma das maiores, não dá direito a manipulação de embriões sem a devida necessidade, ocasionando crianças nascidas por motivos torpes ao arrepio dos dispositivos sobre a dignidade humana.

Outra situação que a reprodução assistida impõe é o anonimato do doador e do receptor do material genético e da que cedeu o ventre, embora o anonimato não queira dizer que se deva esconder tudo, logo, nada obsta que se apontem ao filho que adveio de reprodução humana assistida os antecedentes genéticos do doador, contudo, não se revela a sua identidade em vista do sigilo profissional.

Contudo, mesmo a nosso ver, deveria ser outra a atitude da lei diante desse fato, pois quem na verdade faz o contrato de sigilo são os pais da criança e os doadores, a criança concebida não tem nenhuma chance, de não aceitar as cláusulas contratuais, que estipulam a proibição da identificação dos doadores, impedindo-a de saber de quem advém na verdade.

Afinal são as mais interessadas na questão, pois é a seu respeito que convencionaram o sigilo, e juridicamente a convenção feita por partes ilegítimas pode condenar o contrato à nulidade absoluta.

Outra questão importante a ser considerada é a dissolução do casal durante a técnica de reprodução assistida.

Neste sentido já existem considerações a respeito, como a de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, conforme a seguir expõe:

“Para que a vontade manifestada pelo cônjuge ou companheiro sirva como pressuposto para estabelecer, regular e legitimamente, o vínculo de parentalidade-filiação, é fundamental que ela se mantenha íntegra até o momento da ultimate da técnica de reprodução assistida heteróloga, ou seja, que não tenha sido revogada a manifestação volitiva anterior, nem tenha ocorrido algumas das causas de dissolução da sociedade conjugal, o divórcio ou a morte de um dos cônjuges ou (companheiros)”.⁸⁹

Uma situação a ser considerada é a adoção de embriões, já constantemente feita por casais e até mesmo mulheres que vivem sozinhas em adotarem, ou seja, buscarem embriões, cuja procedência dos pais biológicos desconhece, mas que têm as características dos doadores, ou seja, o biótipo dos pais do embrião, escolhendo o embrião pelas características que almejam ao filho que pretendem ter.

Buscam em uma loja a criança pretendida, como se essa criança fosse um objeto à disposição, uma coisa, reduzindo o embrião a um status desclassificado de produto comercializado.⁹⁰

É atitude que deve ser arredada legalmente, pois se amparada pela lei, essa forma de adoção, com certeza o comércio desses embriões será fonte inesgotável de valores, a pessoas inescrupulosas.

Essa forma de adoção é completamente diferente da estatutária, que promove a convivência familiar de uma criança já nascida e que está ao desamparo.

⁸⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais – Ed. Renovar – Rio de Janeiro – 2003 – p. 775.

⁹⁰ Antonio Chaves, a respeito do tema, constata que na Itália, diante da ausência de disciplina legal a respeito da matéria, vem atraindo mulheres de todas as idades – em especial as de idade mais avançada – das mais diversas partes do mundo para, sem nenhuma restrição, conseguir engravidar e ter filhos, o que vem se apelidando de “*supermercado de gravidez*” diante da alta rentabilidade do negócio envolvendo a reprodução para determinados profissionais” (citação feita na obra ora citada de Guilherme Calmon Nogueira da, A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais – Ed. Renovar – Rio de Janeiro – 2003).

Como já salientado anteriormente a adoção de embriões não faz sentido em razão do grande número de crianças abandonadas à procura de uma família que as amparassem.

Diante do acima, o que se propõe é que o Brasil, por ser um país em que a biotecnologia está avançada em relação a todos os outros países, e a reprodução assistida tem sido uma forma de atendimento a diversos casais que a buscam, uma lei deve ser criada para evitar abusos, evitar que a ciência, em suas constantes novidades transforme o nascimento em irresponsabilidades.

Uma legislação que proibisse a impugnação de paternidade por parte do marido que consente na inseminação artificial da sua mulher, e que determinasse a manutenção pelo Estado de uma Justiça Especializada em Direitos de Menores junto à Varas da Infância e da Juventude, com competência para autorizar ou proibir a prática da inseminação heteróloga.

Uma lei que tivesse o Judiciário como competente para autorizar judicialmente a utilização da reprodução artificial assistida, depois de providenciar todas as provas e pesquisa social e psicológica do casal interessado, com o fim de impedir o acesso de pessoas sem comprovação da real necessidade.

Que especificasse como competente o Judiciário para autorizar a quebra do sigilo, quando necessário. Contudo, que essa legislação reconhecesse o direito da criança em saber a verdade sobre suas origens biológicas.

Seria interessante que a lei proibisse a inseminação artificial em relação à maternidade de substituição, a não ser que fosse a mulher da mesma família da mãe biológica e que os gametas fossem somente do casal.

Sem criar qualquer tipo de discriminação, que a inseminação artificial fosse proibida em relação à casais que fizessem parte de relação homoafetivas, pela falta de regulamentação pertinente ainda no país.

Uma legislação que proibisse a adoção de embriões, em face de tantas crianças já nascidas à espera de pais adotantes, e é inconcebível se verificar o número de crianças a espera de adoção.

Que por fim vedasse as práticas médicas de inseminação artificial, que fossem contrárias às disposições legais e com intuito comercial, com sanções penais, e fiscalização constante em clínicas e hospitais que procedem às técnicas de inseminação artificial.

Sobre o assunto muito bem esclarece Georges Ripert quando diz:

“Em vez de apelar para a moral contra a insuficiência da regra jurídica, é preciso ter uma clara noção do que lhe vamos pedir. O direito não reclama senão uma coisa, a obediência às leis; as causas da obediência ficam no segredo das almas. A autoridade pública assegura a sanção; não pede contas aos motivos da submissão”.⁹¹

A vida, a dignidade da pessoa humana, a dignidade do embrião, nos mostra que, se não houver uma legislação proibitiva em quase toda a sua prática, em pouco tempo haverá um mercado farto de embriões produzidos a título de comércio, descartes exagerados de embriões excedentários que não foram procurados pelos pais, e mulheres brigando na justiça a posse de filhos concebidos sem a determinação legal da maternidade.

Se verificarmos as Varas de Famílias do Judiciário que amontoam processos em que crianças buscam o respeito à sua manutenção e quantos pais se esquivam de pagamento, são, portanto, abandonadas materialmente.

Não há como conceber o andamento científico voltado para produção de mais crianças, que estarão em prateleiras, congeladas, à espera de quem as implantem, enquanto tantos questionamentos ainda estão engavetados a respeito de como promover ao cidadão brasileiro um melhor qualidade de vida.

⁹¹ RIPERT, Georges – A Regra Moral nas Obrigações Civis – Editora Bookseller – Campinas – 2000, p.39.

CONCLUSÃO

É fato incontestável, que as inovações biotecnológicas e biomédicas, sobretudo as técnicas de reprodução humana assistida, trouxeram para a sociedade uma nova postura reflexiva desses acontecimentos.

O progresso científico colocou o homem no centro de discussões, quer seja no âmbito jurídico, ou nos demais campos do conhecimento, que tenham o ser humano ou suas relações como objeto de análise.

Essas áreas de estudo e de experiência, atuam com novas possibilidades, que antes eram tidas como impossíveis e improváveis ou, no mínimo, distantes de uma realização concreta.

Contudo, se iniciaram profundas transformações sociais, trazendo como conseqüência, a necessidade de releitura e reconstrução de diversos institutos jurídicos, mostrando ainda a insuficiência ou inexistência de conceitos e dispositivos adequados.

Neste estudo não existe o desconhecimento dos fenômenos sociocultural e científico, entretanto, demonstra a importância de uma limitação científica e da inseminação artificial reprodutiva.

Há de se pautar pelo conjunto de interesses envolvidos e direitos fundamentais protegidos, e priorizar a busca de uma análise jurídica ampla, no alcance e validação dos efeitos gerados, por situação decorrente da reprodução assistida.

Imperioso se faz a utilização de princípios próprios dos direitos humanos, e o entendimento dos variados casos, desde os vedados expressamente pelo ordenamento, como a comercialização, e os que ocorrem de maneira camuflada, existentes na prática do Termo de Consentimento Informado, nas clínicas prestadoras do serviço.

Não se deve, contudo, desconsiderar os direitos de personalidade, e a máxima e integral proteção conferida ao ser humano, nos sistemas jurídicos existentes e outros que deverão ser adotados para melhor amparo.

A doação, o congelamento de embriões, ou a sua utilização em pesquisas científicas ou terapêuticas, têm considerações específicas, porém, pautadas, atualmente, simplesmente por decisões privadas das pessoas envolvidas, o que de *per si* já configura uma forma de proteção que o Direito assegura a essas relações e seus “produtos”.

As controvérsias jurídicas decorrentes da reprodução assistida, a interpretação e aplicação das normas (ainda que esparsas e principiantes), ao caso concreto, não devem partir de prévias formulações, mas não só, em razão da transitoriedade das descobertas científicas, e, conseqüentemente, das certezas jurídicas.

Deve-se reconhecer, portanto, a autonomia privada como fundamento construtivo de todo regramento específico atinente à matéria, desde que conciliada com a Bioética e os Comandos Constitucionais Fundamentais.

Compatibilizar valores éticos com a lei que não se encontra preparada para atuar em questões tão complexas e singulares, é tarefa bastante árdua.

As práticas de reprodução assistida são recorrentes em mostrar que comandos legais, genéricos e desatentos aos usos sociais, são ineficazes e inaplicáveis, na grande maioria das vezes.

Conforme se viu, os caminhos possíveis e as partes envolvidas na produção dos embriões através da fertilização *in vitro*, são relações complexas.

A reprodução assistida existe, para que famílias tenham a possibilidade de descendência, quando isso é impossível pelas vias normais, é através da grande descoberta das técnicas científicas que se pode proporcionar a maternidade.

O ordenamento deve evitar a mercancia do ser humano, a manipulação indevida e a proibição de adoção de embriões.

Dessa forma, o direito deve limitar a atuação do homem, como também limitar a ação da ciência, impedindo assim a coisificação do ser humano, a sua mercantilização, pois colocar preço nesses embriões é tornar a vida uma coisa sem valor algum.

A conclusão a que se chega é que, a limitação que o direito pode impor, não retirará dos casais a possibilidade de serem pais, ao contrário, lhes dará a possibilidade de serem verdadeiros pais, como os que naturalmente concebem filhos, sem saberem o sexo, a cor dos olhos, os atributos físicos e psicológicos dos filhos que estão sendo gerados.

Incentivará sim pessoas que querem ter uma família, a adotarem uma criança já nascida e abandonada, carente e necessitada de um lar, em caso de impossibilidade de ter filhos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Aline Mingon de – Bioética e Biodireito – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro – 2000.

ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de o autor é Promotor Público de Justiça e Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira – Teoria Geral da Bioética e do Biodireito – Biomédica – São Paulo – 2004.

CAMPOS, Ramon Herrera – La inseminación artificial, Granada, Espanha: Universidade de Granada, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional – 5º Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 529, citando as obras de Vieira de Andrade – os Direitos Fundamentais, Coimbra, 1983.

CARNELUTTI, Francesco – Teoria Geral do Direito – Editora Lejus, São Paulo, 2000

CHALITA, Gabriel – Educação. A solução está no afeto, São Paulo. Ed. Gente. 2001.

COUTO, Sérgio – Família Notadez – Direito de Família e Sucessões – Paixão Editores – Sapucaia do Sul – RS. 2007.

DINIZ, Maria Helena – Curso de DIREITO CIVIL BRASILEIRO- Ed. 19ª Ed. – Editora Saraiva – São Paulo – 2004

DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito – Editora Saraiva – São Paulo – 2001.

DUTRA, Fábio – Estudos em Homenagem à Desembargadora Maria Collares Felipe da Conceição – Editora EMERJ – Rio de Janeiro, 2003.

FELIPE, Jorge Franklin Alves – O Novo Código Civil Anotado – 3ª Ed. Editora Forense – Rio de Janeiro – 2003.

FERNANDES, Silvia da Cunha – As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais – Ed. Renovar – Rio de Janeiro – 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira, Procriações Artificiais e o Direito; aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, Revista dos Tribunais – São Paulo, 1.995.

MACHADO, Maria Helena, Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos, Editora Juruá, Curitiba, 2009.

GARCIA, Maria. Desobediência Civil. Direito Fundamental. Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo – 2004.

GARCIA, Maria – Limites da Ciência – A dignidade da Pessoa humana – a Ética da responsabilidade, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Maria e Claudio Cohen – Questões de Bioética Clínica – Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de São Paulo – Rio de Janeiro - Ed. Elsevier – 2007.

KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, Tradução de João Baptista machado, 3ª tiragem, Martins Fontes, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

MACHADO, Maria Helena – Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos & Jurídicos – Editora Juruá – Curitiba- 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros, Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto - Curso de Direito Civil – Parte Geral –São Paulo, Editora Saraiva – 2003.

NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer - O Obscuro Objeto do Poder. Ética e Direito na Sociedade Biotecnológica - Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro – 2007.

MACHADO, Maria Helena – Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos & Jurídicos – Editora Juruá – Curitiba- 2009.

MONTENEGRO, Karla Bernardo – entrevista com a médica Maria do Carmo Borges de Souza, para o projeto Gente.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil – Editora IBDFAM – Belo Horizonte – Del Rei – 2004.

REALE, Miguel –Filosofia do Direito – São Paulo – Editora Saraiva – 1996.

RESOLUÇÃO nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

RIPERT, Georges – A Regra Moral nas Obrigações Civis – Editora Bookseller – Campinas – 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques, A Origem Das Desigualdades Entre os Homens, Editora Escala, São Paulo – 2007.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite – Biodireito – Ciência da Vida, os novos desafios - Revista dos Tribunais – São Paulo – 2001.

SAUWEN, Regina Fiuza – “O Direito in vitro” - Ed.Lumen Juris – 1997.

SCARPARO, Mônica Sartori, Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais, Rio de Janeiro, Ed. Forense. 1991.

SÉGUIN, Elida – Biodireito – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro – 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla – Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito – Ed. Del Rey – Belo Horizonte – 2000.

SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo – 28ª edição – Malheiros Editores - São Paulo – 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e – Biodireito - O Novo Direito da Vida – Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo – 2002.

TEIXEIRA, Elza Spano – Medicina Legal e Genética Aplicada à Defesa Penal – LTR – São Paulo – 1998.

TORRES, Ricardo Lobo – Teoria dos Direito Fundamentais – Editora Renovar – 2ª ed. Rio de Janeiro – RJ – 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – Direito de Família – 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004.

WILDER, Roberto, Reprodução Assistida, Aspectos do Biodireito e da Bioética, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos – ob. Cit. Os Novos Direitos no Brasil – Ed Saraiva – São Paulo – 2003.

VENOSA, Silvio Salvo – Direito Civil, Direito de Família – Volume 6, 4ª Edição, São Paulo – Editora Atlas, 2004.

Apostila do Curso de Genética Molecular e tecnologia do DNA recombinante. Genética Molecular e Tecnologia do DNA recombinante. Disponível em: <http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>>. Acesso em: 13 out.2008

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

Normas Éticas em Reprodução Humana:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

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.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - 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.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

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

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE O GENOMA HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS

A Conferência Geral,

Lembrando que o Preâmbulo da Carta da Unesco refere-se a “os princípios democráticos de dignidade, igualdade e respeito mútuo entre os homens”, rejeita qualquer “doutrina de desigualdade entre homens e raças”, estipula “que a ampla difusão da cultura, e a educação da humanidade para a justiça e liberdade e a paz são indispensáveis à dignidade dos homens e constituem um dever sagrado que todas as nações devem cumprir em espírito de assistência e preocupação mútuas”, proclama que “a paz deve ser alicerçada na solidariedade intelectual e moral da humanidade” e afirma que a Organização procura avançar “através das relações educacionais, científicas e culturais entre os povos do mundo, os objetivos de paz internacional e bem-estar comum da humanidade pelos quais a Organização das Nações Unidas foi estabelecida e cuja Carta proclama.”

Lembrando solenemente sua ligação com os princípios universais dos direitos humanos, em particular com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948; as Convenções Internacionais das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966; a Convenção das Nações Unidas sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948; a Convenção das Nações Unidas sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Portadores de Deficiência Mental, de 20 de dezembro de 1971; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Portadores de Incapacidade Física, de 9 de dezembro de 1975; a Convenção das Nações Unidas sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 18 de dezembro de 1979; a Declaração das Nações Unidas dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e

Abuso de Poder, de 29 de novembro de 1985; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989; as Regras Padronizadas das Nações Unidas sobre Igualdade de Oportunidade para Portadores de Incapacidade Física, de 20 de dezembro de 1993; a Convenção das Nações Unidas sobre a Proibição do Desenvolvimento, da Produção e da Acumulação de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e Toxinas e sobre sua Destruição, de 16 de dezembro de 1971; a Convenção da Unesco sobre Discriminação na Educação, de 14 de dezembro de 1960; a Declaração da Unesco dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional, de 4 de novembro de 1966; a Recomendação da Unesco sobre a Situação dos Pesquisadores, de 20 de novembro de 1974; da Declaração da Unesco sobre Raça e Preconceito Racial, de 27 de novembro de 1978; a Convenção da OIT (Nº 111) sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 25 de junho de 1958 e a Convenção da OIT (Nº 169) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 27 de junho de 1989,

Levando em consideração, e sem prejuízo de, os instrumentos internacionais que possam incidir na aplicação da genética no campo da propriedade intelectual, entre outros, a Convenção de Berna sobre a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, e a Convenção da Unesco sobre Direitos Autorais Internacionais, de 6 de setembro de 1952, na última versão revisada, de 24 de julho de 1967, em Paris; a Convenção de Paris de Proteção da Propriedade Industrial, de 20 de março de 1883, na última versão revisada, de 14 de julho, em Estocolmo; o Tratado de Budapeste da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Reconhecimento do Depósito de Microorganismos para Fins de Solicitação de Patente, de 28 de abril de 1977, e os Aspectos Relacionados ao Comércio dos Acordos de Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), anexados ao Acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1995,

Levando também em consideração a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica, de 5 de junho de 1992, e *enfatizando*, nesse respeito, que o reconhecimento da diversidade genética da humanidade não deve levar a qualquer interpretação de natureza social ou política que possa questionar “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e (...) seus direitos iguais e

inalienáveis”, de acordo com o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

Lembrando os textos da 22 C/Resolução 13.1, 23 C/Resolução 13.1, 24 C/Resolução 13.1, 25 C/Resoluções 5.2 e 7.3, 27 C/Resolução 5.15 e 28 C/Resoluções 0.12, 2.1 e 2.2, instando a Unesco a promover e desenvolver estudos sobre a ética das implicações do progresso científico e tecnológico nos campos de biologia e genética, no marco do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como a empreender as consequentes ações.

Reconhecendo que a pesquisa do genoma humano e das aplicações resultantes abrem vastas perspectivas para o progresso no aprimoramento da saúde das pessoas e da humanidade como um todo, mas *enfatizando* que essa pesquisa deve respeitar plenamente a dignidade humana, a liberdade e os direitos humanos, assim como a proibição de toda forma de discriminação baseada em características genéticas,

Proclama os seguintes princípios e *adota* a presente Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

A. DIGNIDADE HUMANA E GENOMA HUMANO

Artigo 1

O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, é o legado da humanidade.

Artigo 2

a) Toda pessoa tem o direito de respeito a sua dignidade e seus direitos, independentemente de suas características genéticas.

b) Essa dignidade torna imperativo que nenhuma pessoa seja reduzida a suas características genética e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas.

Artigo 3

O genoma humano, que por natureza evolui, é sujeito a mutações. Contém potenciais que são expressados diferentemente, de acordo com os ambientes natural e social de cada pessoa, incluindo seu estado de saúde, suas condições de vida, sua nutrição e sua educação.

Artigo 4

O genoma humano no seu estado natural não deve levar a lucro financeiro.

B. DIREITOS DAS PESSOAS

Artigo 5

a) Qualquer pesquisa, tratamento ou diagnóstico que afete o genoma de uma pessoa só será realizado após uma avaliação rigorosa dos riscos e benefícios associados a essa ação e em conformidade com as normas e os princípios legais no país.

b) Obter-se-á, sempre, o consentimento livre e esclarecido da pessoa. Se essa pessoa não tiver capacidade de autodeterminação, obter-se-á consentimento ou autorização conforme a legislação vigente e com base nos interesses da pessoa.

c) Respeitar-se-á o direito de cada pessoa de decidir se quer, ou não, ser informada sobre os resultados do exame genético e de suas conseqüências.

d) No caso de pesquisa, submeter-se-ão, antecipadamente, os protocolos para revisão à luz das normas e diretrizes de pesquisa nacionais e internacionais pertinentes.

e) Se, de acordo com a legislação, a pessoa tiver capacidade de autodeterminação, a pesquisa relativa ao seu genoma só poderá ser realizada em benefício direto de sua saúde, sempre que previamente autorizada e sujeita às condições de proteção estabelecidas na legislação vigente. Pesquisa que não se espera traga benefício direto à saúde só poderá ser realizada excepcionalmente, com o maior controle, expondo a pessoa a risco e ônus mínimos, sempre que essa pesquisa traga benefícios de saúde a outras pessoas na mesma faixa etária ou com a mesma condição genética, dentro das condições estabelecidas na lei, e contanto que essa pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos da pessoa.

Artigo 6

Ninguém poderá ser discriminado com base nas suas características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana.

Artigo 7

Os dados genéticos relativos a pessoa identificável, armazenados ou processados para efeitos de pesquisa ou qualquer outro propósito de pesquisa, deverão ser mantidos confidenciais nos termos estabelecidos na legislação.

Artigo 8

Toda pessoa tem direito, em conformidade com as normas de direito nacional e internacional, a reparação justa de qualquer dano havido como resultado direto e efetivo de uma intervenção que afete seu genoma.

Artigo 9

Com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, qualquer restrição aos princípios de consentimento e confidencialidade só poderá ser estabelecida mediante lei, por razões imperiosas, dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos.

C. PESQUISA SOBRE O GENOMA HUMANO

Artigo 10

Nenhuma pesquisa do genoma humano ou das suas aplicações, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deverá prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana de pessoas ou, quando aplicável, de grupos de pessoas.

Artigo 11

Não é permitida qualquer prática contrária à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais pertinentes são convidados a cooperar na identificação dessas práticas e na implementação, em níveis nacional ou internacional, das medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Artigo 12

c) Os benefícios resultantes de progresso em biologia, genética e medicina, relacionados com o genoma humano, deverão ser disponibilizados a todos, com as devidas salvaguardas à dignidade e aos direitos humanos de cada pessoa.

d) A liberdade de pesquisar, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo as aplicações nos campos de biologia, genética e medicina, relativas ao genoma humano, deverão visar ao alívio do sofrimento e à melhoria da saúde das pessoas e da humanidade como um todo.

D. CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES CIENTÍFICAS

Artigo 13

Dar-se-á atenção especial às responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo meticulosidade, cautela, honestidade intelectual e integridade na realização de pesquisa, bem como na apresentação e utilização de achados de pesquisa, no âmbito da pesquisa do genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. As pessoas responsáveis pela elaboração de políticas públicas e privadas no campo das ciências também têm responsabilidade especial nesse respeito.

C. PESQUISA SOBRE O GENOMA HUMANO

Artigo 14

Os Estados deverão tomar medidas apropriadas para promover condições intelectuais e materiais favoráveis à liberdade de pesquisar o genoma humano e considerar as implicações éticas, jurídicas, sociais e econômicas dessa pesquisa, com base nos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Artigo 15

Os Estados deverão tomar as medidas necessárias ao estabelecimento de um ambiente adequado ao livre exercício da pesquisa sobre o genoma humano, respeitando-se os princípios estabelecidos na presente Declaração, a fim de

salvaguardar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana e proteger a saúde pública. Os Estados deverão procurar assegurar que os resultados das pesquisas não são utilizados para propósitos não pacíficos.

Artigo 16

Os Estados deverão reconhecer o valor de promover, nos vários níveis, conforme apropriado, o estabelecimento de comitês de ética pluralistas, multidisciplinares e independentes, com o propósito de avaliar as questões éticas, legais e sociais levantadas pela pesquisa do genoma humano e de suas aplicações

E. SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAIS

Artigo 17

Os Estados deverão respeitar e promover a prática da solidariedade em relação a pessoas, famílias e grupos populacionais particularmente vulneráveis a doença ou incapacidade de natureza genética, ou por elas afetados. Os Estados deverão promover, entre outros, pesquisa visando à identificação, à prevenção e ao tratamento de doenças de base genética ou influenciadas pela genética, em especial doenças raras e endêmicas que afetem grande número de pessoas na população mundial.

Artigo 18

Os Estados deverão envidar esforços, com devida e apropriada atenção aos princípios estabelecidos na presente Declaração, para continuar a promover a divulgação internacional de conhecimentos relativos ao genoma humano, à diversidade humana e à pesquisa genética e, nesse respeito, promover a cooperação científica e cultural, em especial entre países industrializados e países em desenvolvimento.

Artigo 19

- a) No marco da cooperação internacional com países em desenvolvimento, os Estados deverão procurar incentivar medidas que permitam:
1. realizar uma avaliação dos riscos e benefícios da pesquisa sobre o genoma humano e prevenir abusos;
 2. desenvolver e fortalecer a capacidade dos países em desenvolvimento de realizar pesquisa em biologia e genética humanas, levando em consideração os problemas específicos de cada país;
 3. beneficiar os países em desenvolvimento, como resultado das realizações da pesquisa científica e tecnológica, de maneira que seu uso, em prol do progresso econômica e social, possa beneficiar a todos;
 4. promover o livre intercâmbio de conhecimentos e informações científicas nas áreas de biologia, genética e medicina.
- b) As organizações internacionais pertinentes deverão apoiar e promover as iniciativas dos Estados visando aos objetivos antes relacionados.

F. PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS NA DECLARAÇÃO

Artigo 20

Os Estados deverão tomar as medidas necessárias para promover os princípios estabelecidos na presente Declaração, mediante intervenções educacionais e de outra natureza, como a realização de pesquisa e treinamento em campos interdisciplinares e a promoção de capacitação em bioética, em todos os níveis, em especial para os responsáveis pela política científica.

Artigo 21

Os Estados deverão tomar medidas apropriadas para incentivar outras formas de pesquisa, capacitação e divulgação de informações que promovam a conscientização da sociedade e de todos seus membros acerca de sua responsabilidade em questões fundamentais relativas à proteção da dignidade humana, que possam ser levantadas por pesquisa nos campos da biologia, genética e medicina, e por suas aplicações. Os Estados também deverão facilitar a discussão aberta desse assunto, assegurando a liberdade de expressão das diversas opiniões socioculturais, religiosas e filosóficas.

G. IMPLEMENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO

Artigo 22

Os Estados deverão envidar esforços para promover os princípios estabelecidos na presente Declaração e facilitar sua implementação através de medidas apropriadas.

Artigo 23

Os Estados deverão tomar medidas apropriadas para promover, por meio de treinamento, capacitação e divulgação de informações, o respeito aos princípios antes mencionados, assim como incentivar seu reconhecimento e sua efetiva aplicação. Os Estados também deverão encorajar o intercâmbio e a articulação entre comitês de ética independentes, à medida que forem estabelecidos, de maneira a promover sua plena colaboração.

Artigo 24

O Comitê Internacional de Bioética da Unesco deverá contribuir à divulgação dos princípios estabelecidos na presente Declaração e aprofundar o estudo das questões levantadas por sua aplicação e pela evolução dessas tecnologias. Deverá organizar consultas com as partes interessadas, como os grupos vulneráveis. Em conformidade com os procedimentos estatutários, deverá formular recomendações para a Conferência Geral da Unesco e prover assessoria relativa ao acompanhamento desta Declaração, em especial quanto à identificação de práticas que possam ir de encontro à dignidade humana, como as intervenções em linhas de germes.

Artigo 25

Nenhuma disposição da presente Declaração poderá ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo, ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato contrário aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, incluindo os princípios aqui estabelecidos.

Lei nº 9.263/96 - Lei do planejamento familiar

LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996.

Mensagem de veto Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO

I

DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997).

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de

álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997.

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Art. 14. Cabe à instância gestora do Sistema Único de Saúde, guardado o seu nível de competência e atribuições, cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar.

Parágrafo único. Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis. (Parágrafo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES E DAS PENALIDADES

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de

alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes:

I - se particular a instituição:

a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados;

b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista;

II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades.

Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159,

1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e, em especial, nos seus arts. 29, caput, e §§ 1º e 2º; 43, caput e incisos I, II e III; 44, caput e incisos I e II e III e parágrafo único; 45, caput e incisos I e II; 46, caput e parágrafo único; 47, caput e incisos I, II e III; 48, caput e parágrafo único; 49, caput e §§ 1º e 2º; 50, caput, § 1º e alíneas e § 2º; 51, caput e §§ 1º e 2º; 52; 56; 129, caput e § 1º, incisos I, II e III, § 2º, incisos I, III e IV e § 3º.

Art. 23. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Adib Jatene

Petição Inicial da Ação de Inconstitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança:

MÃE TE AMOOOO... MUITOOOO...

PRI.

DEUS SEJA LOUVADO!

Petição Inicial da Ação de Inconstitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança:

n.º

2

deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É verdade 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”.

II. Dos textos constitucionais inobservados pelo preceito retro transcrito:

1. Dispõe o **artigo 5º, caput, verbis:**

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distorção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(grifei)

2. Dispõe o **artigo 1º, inciso III, verbis:**

Artigo 1º - A República Federativa Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

III – Da fundamentação por Inconstitucionalidade material:

1. A tese central desta petição afirma que a **vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.**

2. Assim, a lição do Dr. Dornival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, **verbis:**

“O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro

momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Dawn (mongolismo), nos diz: **"Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação.** Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. **A fecundação é o marco do início da vida.** Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato".

(publicação: VIDA: o primeiro direito da cidadania – pg. 10 – em anexo, grifei)

3. E prossigue o Dr. Dernival Brandão, **verbis**:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". **Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial"** que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Porque? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo." (publicação citada – pg. 11, grifei)

4. O Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de S.Paulo, Professor de Bioética da USP e Membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP acentua que, **verbis**:

"Os biólogos empregam diferentes termos – como por exemplo zigoto, embrião, feto, etc-, para caracterizar diferentes etapas da

evolução do óvulo fecundo. **Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas.**

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, **nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama "código genético", suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é "da mãe"; ele tem vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama.**

Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana.

A partir do momento que, alcançando maior tamanho e desenvolvimento físico, passamos a reconhecer aqueles formatos humanos (cabeça, tronco, mãos e braços, pernas e pés, etc), podemos chamar essa nova vida humana de "feto".
(publicação citada – pg. 12/13 grifei)

5. A Dra. Alice Teixeira Ferreira, Professora Associada de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular-Sinalização Celular afirma, **verbis**:

"Embriologia quer dizer o estudo dos embriões, entretanto, se refere, atualmente, ao estudo do desenvolvimento de embriões e fetos. Surgiu com o aumento da sensibilidade dos microscópios. Karl Ernst Von Baer observou, em 1827, o ovo ou zigoto em divisão na tuba uterina e o blastocisto no útero de animais, Nas suas obras *Ueber Entwicklungsgeschichte der Tiere* e *Beobachtung and Reflexion* descreveu os estágios correspondentes do desenvolvimento do embrião e quais as características gerais que precedem as específicas, contribuindo com novos conhecimentos sobre a origem dos tecidos e órgãos. Por isto é chamado de "Pai da Embriologia Moderna".

Em 1839 Schleiden e Schwann, ao formularem a Teoria Celular, foram responsáveis por grandes avanços da Embriologia. Conforme tal conceito o corpo é composto por células o que leva à compreensão de que o embrião se forma à partir de uma ÚNICA célula, o zigoto, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano.

Confirmando tais fatos, em 1879, Hertwig descreveu eventos visíveis na união do óvulo ou ovócito com o espermatozóide em mamíferos.

Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Biográfica) **afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozóide**. Todos afirmam que **o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte**. Todos nós passamos pelas mesmas fases do desenvolvimentos intrauterino: fomos um ovo, uma mórula, um blastocisto, um feto."

6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escreve, **verbis**:

"O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. **É biologicamente um indivíduo único e irrepitível**, um organismos vivo pertencente à espécie humana.

b) "O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo" (Shettles e Rorvik – Rites of Life, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: Is Fetus Human – pg. 5."

"O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. **Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único**. (Keith Moore e T.V.N Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg.18

7. Anexo **quadro esquemático que na, e a partir da, fecundação** marca o desenvolvimento da vida humana: o **zigoto**, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular. (vide: quadro anexo).

8. Importa, agora, abordar o tema das células-tronco.

9. Diz a Dra. Alice Teixeira Ferreira, **verbis**:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas **porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano**. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião.

As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue." (publicação citada – pg. 33, grifei)

10. O Dr. Herbert Praxedes também considera que, **verbis**:

"As células de um embrião humano de poucos dias são todas células-tronco (CTE), são **pluripotenciais, tendo capacidade de se auto-renovarem e de se diferenciarem em qualquer dos tecidos do corpo.** As células-tronco adultas (CTA) são **multipotenciais** e têm também capacidade de se auto-renovarem e se diferenciarem em vários, **mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo.** As CTA existem no organismo adulto em vários tecidos como a medula óssea, pele, tecido nervoso, e outros, e também são encontradas em grande concentração no sangue do cordão umbilical." (publicação citada pg. 33 grifei)

11. O Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autónoma de Madrid, Dr. Damián Garcia-Olmo, em entrevista, **realçou os avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com as embrionárias.**

12. Principia por apresentar **quadro real** de tratamento de pacientes, **curados** da enfermidade de Crohn, **verbis**:

--Usted ha desarrollado una investigación sobre el tratamiento de algunas enfermedades con células madre adultas, y parece haber obtenido buenos resultados.

-- En el Departamento de Cirugía del Hospital Universitario La Paz de Madrid estamos desarrollando un estudio sobre el uso de células madre autólogas (del propio individuo) para el tratamiento de las fistulas en la enfermedad de Crohn (Una enfermedad inflamatoria intestinal que aumenta rápidamente de incidencia en países desarrollados y que afecta sobre todo a jóvenes). La aparición de fistulas en la enfermedad de Crohn es una importante causa de sufrimientos por su gran resistencia a curar con los tratamientos clásicos. Por otra parte, a partir del año 2001, la terapia celular se esta introduciendo rápidamente en muchas ramas de la medicina, en especial desde la introducción del uso de células madre adultas. Esto permite el autotrasplante (trasplante autólogo) sin problemas de rechazo y obvia los graves problemas clínicos y éticos del uso de células madre de origen embrionario. Com el estudio que estamos desarrollando nos proponemos conocer si es posible y seguro utilizar

células adultas en el tratamiento de las fistulas que aparecen en los pacientes con enfermedad de Crohn.

--**Damián García-Olmo:** En determinados pacientes con esta enfermedad, realizamos una liposucción de 100 cc de grasa subdérmica. De esta grasa extraemos una pequeña cantidad de células madre que posteriormente son expandidas en cultivo (ex - vivo). Cuando han crecido y tenemos un número suficiente, se realiza la intervención quirúrgica de la fistula siguiendo los métodos habituales, pero ademais se inyectan en difetentes puntos del trayecto fistuloso entre 9 y 12 millones de estas células madre autólogas cultivadas.

-- Cuál es la experiencia actual?

--Desde que se obtuvieron todos los permisos legales y se comenzó la fase clínica, dos pacientes han completado el seguimiento programado, alcanzando temporalmente la curación completa de la enfermedad fistulosa. Se trataba de una fistula recto-vaginal y de una fistula enterocutánea, ambas en mujeres jóvenes u con numerosas operaciones previas fracasadas por esa misma causa.

Del seguimiento de estos enfermos podemos deducir que: 1§ Por liposucción podemos obtener un suficiente número de células madre. 2§.- Estas células se reproducen bien en cultivo y entre 5 y 7 días se obtiene una cantidad suficiente para su uso clínico. 3§.- La inyección celular no produjo en ningún momento fenómenos de rechazo. 4§.- No se há producido un crecimiento celular incontrolado que suponga riesgo tumoral. 5§.- Los efectos reparadores de esta terapia parecen comenzar al cabo de 4-8 semanas de la inyección.

13. **Depois, demonstra a superação do preconceito científico contra as células-tronco adultas, a partir do trabalho da Professora Catherine Verfaillie. De se ler, verbis:**

--En qué punto esta actualmente la investigación con celulas madres adultas?

--**El año 2002 ha sido um año clave.** Tanto que ha dado un vuelco a las expectativas sobre la investigación de usos potenciales de células madre. **Hasta esse año era casi un dogma que las células madre adultas estaban tan diferenciadas que difícilmente serian útiles en terapia celular.** Pero en julio de 2002 el grupo de investigación de la **Universidade de Minnesota (USA) dirigido por la Profesora Catherine Verfaillie publicó en la revista "Nature"** (una de las mas prestigiosas de la literatura científica y extremadamente exigente a la hora de publicar resultados) **un estudio en el que demostraba que células madre obtenidas de la medula ósea de los adultos podían**

diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos en el adulto y concluía diciendo que por tanto era la fuente de células ideal para el tratamiento de enfermedades degenerativas (Cf. Natures 2002 Jul 4;418(6893):41-49).

En diciembre de ese mismo año 2002, científicos de la Universidad de UCLA (USA) tienen hallazgos similares utilizando células madre obtenidas por liposucción. En este trabajo consiguen obtener incluso auténticas neuronas partiendo de estas células que procesan de la grasa (similares a las usadas en nuestra investigaciones) (Cf. Molecular Biology of the cell. Decembrer 2002; 13: 4279-4295)

14. E concluiu o Professor García-Olmo, **verbis**:

-- Son más idóneas para desarrollar terapias actualmente las células madre adultas que las embrionarias? Porque?

--Que sepamos, en España, no hay ningún estudio clínico aprobado para el uso de células madre procedentes de embriones. **Esto es actualmente inviable por los enormes riesgos potenciales que conlleva (tumores, problemas de rechazo, necesidad de terapia inmunosupresora, etc.).** Sin embargo, en España, hay al menos tres programas de uso clínico de células madre adultas en patología humana que están demostrando que el uso de estas terapias es factible y seguro. Estos grupos van a presentar sus resultados durante un simposio que se celebrará en el Hospital Universitario La Paz el próximo 18 de marzo.

--Sin entrar en consideraciones éticas sino con los resultados clínicos en la mano, cree que la presión de algunos sectores por potenciar y dotar de recursos la investigación con embriones obedece a una real expectativa de obtener resultados o se mezclan en el tema cuestiones diversa a las meramente científicas?

--Lo que pienso es que **la comunidad científica, después de muchos años de investigar sobre células madre embrionarias como la mejor fuente para la terapia celular, aún no ha asimilado el cambio copernicano que se ha producido en el conocimiento durante el año pasado.** Tenga en cuenta que no hace ni un año desde la publicación de los trabajos de Catherine Verfaillie. **Ademais los médicos clínicos tardamos bastante tiempo en asimilar lo que descubren los investigadores básicos.**"
(misma entrevista grifei)

15. Na Alemanha, no plano legislativo, há específica lei de proteção aos embriões, definido pelo artigo 8º, 1 como, **verbis**:

“Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o **óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente** retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, **seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.**” (vide: Lei alemã, em anexo)

16. A propósito, faço anexar a esta petição inicial, importante registro do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eugênio Aragão, posto nestes termos, **verbis**:

“Atendendo a pedido de Vossa Excelência, encaminho, em anexo, a tradução livre do alemão para o português, de minha lavra, do “*Gesetz zum Schutz von Embryonen*” (ESchG) e do “*Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen*” (StZG), correspondendo às leis alemãs sobre proteção de embriões humanos e sobre a importação e o uso de células-tronco, respectivamente. Coloquei em colchetes as adaptações de texto necessárias à melhor compreensão dos textos legais.

No geral, na Alemanha é proibido o uso de embriões humanos para fins outros que o de provocar a gravidez (ESchG § 1, Abs. 1, S. 1). Por isso, não se prestam, embriões humanos, naquele país, à pesquisa científica. A lei de proteção a embriões humanos também proíbe expressamente a clonagem humana (ESchG, § 6, Abs. 1). Isso vale também para a chamada “clonagem terapêutica”, visto que, para os efeitos da ESchG, considera-se embrião humano toda célula totipotente, já no seu estágio mais primário, da fusão nuclear (§ 8, Abs. 1).

Diferente é, pela legislação alemã, a situação de células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, aquelas que não se podem desenvolver para virem a constituir um indivíduo. Estas podem ser usadas para fins de pesquisa científica. O problema está em garantir que tais células sejam apenas pluripotentes e não totipotentes.

Com a promulgação da lei sobre importação e uso de células-tronco humanas (StZG), de 28 de junho de 2002, passou-se a admitir expressamente, mediante permissão específica, o uso de células-tronco embrionárias importadas, desde que tenham sido geradas antes de 1º de janeiro de 2002 e mantidas em cultura criopreservada (linhas de célula-tronco). Exige-se, ademais, que os embriões que lhes deram origem tenham sido gerados no contexto de uma fecundação medicinal extracorporal para fins de provocar gravidez e que em

“Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o **óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente** retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, **seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.**” (vide: Lei alemã, em anexo)

16. A propósito, faço anexar a esta petição inicial, importante registro do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eugênio Aragão, posto nestes termos, **verbis**:

“Atendendo a pedido de Vossa Excelência, encaminho, em anexo, a tradução livre do alemão para o português, de minha lavra, do “*Gesetz zum Schutz von Embryonen*” (ESchG) e do “*Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen*” (StZG), correspondendo às leis alemãs sobre proteção de embriões humanos e sobre a importação e o uso de células-tronco, respectivamente. Coloquei em colchetes as adaptações de texto necessárias à melhor compreensão dos textos legais.

No geral, na Alemanha é proibido o uso de embriões humanos para fins outros que o de provocar a gravidez (ESchG § 1, Abs. 1, S. 1). Por isso, não se prestam, embriões humanos, naquele país, à pesquisa científica. A lei de proteção a embriões humanos também proíbe expressamente a clonagem humana (ESchG, § 6, Abs. 1). Isso vale também para a chamada “clonagem terapêutica”, visto que, para os efeitos da ESchG, considera-se embrião humano toda célula totipotente, já no seu estágio mais primário, da fusão nuclear (§ 8, Abs. 1).

Diferente é, pela legislação alemã, a situação de células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, aquelas que não se podem desenvolver para virem a constituir um indivíduo. Estas podem ser usadas para fins de pesquisa científica. O problema está em garantir que tais células sejam apenas pluripotentes e não totipotentes.

Com a promulgação da lei sobre importação e uso de células-tronco humanas (StZG), de 28 de junho de 2002, passou-se a admitir expressamente, mediante permissão específica, o uso de células-tronco embrionárias importadas, desde que tenham sido geradas antes de 1º de janeiro de 2002 e mantidas em cultura criopreservada (linhas de célula-tronco). Exige-se, ademais, que os embriões que lhes deram origem tenham sido gerados no contexto de uma fecundação medicinal extracorporal para fins de provocar gravidez e que em

definitivo não se prestaram a tal finalidade por razões que não contemplem a qualidade dos embriões. Por fim, é proibida a aquisição onerosa dessas células-tronco importadas (cf. StZG, § 4, Abs. 2).

Este é o estágio atual da legislação alemã, pelo que Vossa Excelência pode depreender das anexas traduções.”
(Doc. junto)

17. A Dra. Claudia M. C. Batista, Professora-Adjunta da UFRJ e pós-doutorada pela University of Toronto na área de células-tronco, afirma, **verbis**:

“No momento da fecundação, a partir da fusão do material genético materno e paterno, a nova célula formada, chamada zigoto, reorganiza-se, perde proteínas inicialmente ligadas ao DNA dos gametas, inicia um novo programa ditado por esta nova combinação de genes, comanda de forma **autônoma** todas as reações que o levarão a implantar-se no útero materno. Inicia-se uma “conversa química” entre esta célula e as células do útero materno. Este programa é, além de autônomo, único, irrepitível, harmônico e contínuo.

A partir da primeira divisão do zigoto, quando originam-se as **duas primeiras células**, estas **encontram-se predestinadas**. Estudos recentes da Dra. Magdalena Zernicka-Goetz, do Department of Experimental Embryology, Polish Academy of Science, Jastrzebiec, Poland, (Cf. *Nature*. 2005 Mar 17;ai434 (7031): 391-5, *Development*. 2005 Feb; 132(3): 479-90; *Development*. 2002 Dec; 129(24): 5803-13; *Nat Cell Biol*. 2002 Oct; 4(10):811-5), mostram clara e irrefutavelmente que toda e qualquer parte do embrião ou feto é formada por células já predestinadas nas primeiras horas após a fertilização. Portanto, todo o desenvolvimento humano tem como marco inicial a fecundação e, após este evento, têm-se um ser humano em pleno desenvolvimento e não somente um aglomerado de células com vida meramente “celular”. Trata-se, a partir deste evento, de um indivíduo humano em um estágio de desenvolvimento específico e bem caracterizado cientificamente”.

18. Fica, pois, assente:

- **que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto**, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;

- **a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se;**

- **contínuo desenvolver-se porque o zigoto, constituído por uma única célula**, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é

totipotente, vale dizer, **capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos, que se diferenciam e se auto-renovam, constituindo-se em ser humano único e irrepetível.**

- **a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento, ambientação que tem sua etapa final na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação.**

- **á pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, do que não se tem registro com as segundas.**

19. Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.

20. Nesse passo – a preservação da dignidade da pessoa humana – importa, aqui, reproduzir o pensamento do Dr. Gonzalo Herranz, Diretor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, *verbis*:

“El núcleo ético del argumento es este: no todos los seres humanos son iguales, pues unos tienen más valor y más dignidad que otros. En concreto, ciertos seres humanos, y los embriones congelados caducados se cuentan entre ellos, valen muy poco y podemos intercambiarlos por cosas más valiosas. No tienen nombre, ni son personas como las otras. **Están condenados a morir y nadie los llorará ni celebrará funerales por su muerte, inevitable y autorizada por la Ley.**

Pero, como demócratas, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente. Los embriones sobrantes son, ante todo, hijos, que forman parte de una familia. Formaban parte de un grupo de hermanos. De ellos, unos fueron considerados dignos de ser transferidos al seno de su madre y son ahora niños llenos de alegría de vivir. Pero, por un azar trágico, los otros fueron dejados de lado.

La humanidad ha madurado trabajosamente la idea de que a todos los miembros de la familia humana se ha de conferir la misma dignidad, aunque sus ideas o su apariencia difieran radicalmente de las propias.”

(El sacrificio de prisioneros de guerra y los embriones congelados –
Diario Médico – 6.11.02)

21. E, conclusivo, verbis:

Las vidas humanas no valen menos porque nadie las llore. La saturación de tragedias que nos revela el telediario cada día está quemando nuestras reservas de compasión. Nuestra capacidad de comprender y emocionarnos no nos alcanza para conmovernos por los que mueren a consecuencia de catástrofes naturales, accidentes, crímenes terroristas o no, sobre todo si ocurren lejos de nosotros. **No se llora por los embriones que se pierden espontáneamente o que son abortados. Pero no ser llorado, no ser conocido o no ser deseado no hace a esos seres menos humanos o menos valiosos. La deficiencia de valor no está en ellos.**

Total, van a morir... Pero nuestra postura ante su muerte no es asunto indiferente. El modo y las circunstancias de su muerte son asuntos éticamente decisivos. Y una cosa es reconocer lo inevitable de su muerte absurda que pone fin a una existencia todavía más absurda, y otra muy distinta es consentir en su sacrificio en el altar de la ciencia y sentirse redimido y justificado. Su muerte, inevitable, no es pasivamente presenciada, sino que es activamente consentida, programada, usada en beneficio propio. **Es reducir a los embriones a la condición de meros medios con los que se satisfacen los deseos de otros:** al principio, para cumplir unos proyectos parentales que los han dejado en el frío; después, unos proyectos de investigación que los dejan crecer hasta blastocistos de cinco días para reconvertirlos en células que nada tienen que ver con su propio proyecto de vida.

En Bruselas han optado por pensarse un poco mejor donde poner el dinero. Nosotros necesitamos también tiempo para decidir donde ponemos el alma, porque estamos ante una decisión histórica. Paul Ramsey lo dijo muy bien: ‘La historia moral del género humano es más importante que la historia de la Medicina’.”

(aínda trecho outro do artigo citado acima)

III – Do Pedido:

1. Advindas informações do Congresso Nacional, da Presidência da República, colhido o pronunciamento da Advocacia Geral da União, e tornando-me os autos a parecer, peço, presentemente, a **declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei 11.105, de 24 de março de 2005.**

2. À luz do disposto na **parte final, do § 1º, do artigo 9, da Lei nº 9868/99, solicito a realização de audiência pública a que deponham, sobre o tema,** as pessoas que apresento, e que comparecerão à audiência independentemente de intimação, tão só bastando a este Procurador-Geral da República a **intimação pessoal da data aprazada à realização** da audiência pública:

1. Professora Alice Teixeira Ferreira;
2. Professora Claudia Maria de Castro Batista;
3. Professora Eliane Elisa de Souza e Azevedo;
4. Professora Elizabeth Kipman Cerqueira;
5. Professora Lilian Piñero Eça;
6. Professor Dalton Luiz de Paula Ramos;
7. Professor Derval da Silva Brandão;
8. Professor Herbert Praxedes; e
9. Professor Rogério Pazetti.

Brasília, 16 de maio de 2005.


CLÁUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA