



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA PAULA COTIAS DA SILVA

**A CONFORMAÇÃO DAS VONTADES PROCRIATIVAS NO
ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO
HUMANA ARTIFICIAL: A DISCIPLINA JURÍDICA DA EUGENIA
FACE À VIDA EMBRIONÁRIA**

Salvador

2015

ANA PAULA COTIAS DA SILVA

**A CONFORMAÇÃO DAS VONTADES PROCRIATIVAS NO
ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO
HUMANA ARTIFICIAL: A DISCIPLINA JURÍDICA DA EUGENIA
FACE À VIDA EMBRIONÁRIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Thereza Meirelles

Salvador

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA PAULA COTIAS DA SILVA

**A CONFORMAÇÃO DAS VONTADES PROCRIATIVAS NO
ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO
HUMANA ARTIFICIAL: A DISCIPLINA JURÍDICA DA EUGENIA
FACE À VIDA EMBRIONÁRIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

A meu esposo, Renan Braga Ramos,
pelo ser humano sensível e amoroso e por tudo que
representa em minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a todos os deuses e aos espíritos iluminados pela minha existência, pelo que sou e por tudo que me proporciona.

Aos meus pais, pelo amor, carinho e dedicação com que me receberam e acolheram nesta existência.

Aos meus irmãos pelo elo de amor e amizade que nos une.

Ao meu esposo, por todo amor, paciência e incentivo em todos os momentos da minha vida.

À minha Orientadora, Professora Ana Thereza Meirelles, ser humano cuja sensibilidade, amor e compreensão transbordam ao olhar, pelo carinho, respeito e atenção a mim dedicados, que possibilitou a realização deste trabalho.

A Lucky, animalzinho de estimação que com sua alegria, fidelidade e pureza me fazem melhor.

Aos professores, amigos, colegas e funcionários da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, que alguns, mesmo sem saber, contribuíram direta e indiretamente para a elaboração e conclusão deste trabalho.

Ao Universo que conspirou a favor.

“Todos os meninos e meninas
Vivendo nesse mundo louco
Tudo o que eles realmente precisavam de você
É talvez um pouco de amor”

“Amor real”, John Lennon

RESUMO

O desenvolvimento biotecnológico, em especial na área da medicina reprodutiva, faz surgir reflexões éticas, médicas e jurídicas sobre a legitimidade das pesquisas e procedimentos médico-científicos. Através das técnicas da reprodução humana artificial, a concretização do desejo de procriação tornou-se uma realidade, ao menos em potencial, para algumas famílias que não conseguiam realizar o projeto parental através do método natural da relação sexual. A reprodução medicamente assistida também confere aos novos modelos de constituição familiar (monoparentalidade, casais homossexuais) a possibilidade de realização das vontades procriativas. Mas, não é apenas a satisfação dos direitos constitucionais à saúde e ao livre planejamento familiar que as técnicas de reprodução artificial têm possibilitado. Os métodos de fecundação *in vitro* e a manipulação de células germinativas e embrionárias humanas, em laboratório, têm proporcionado a prática de condutas seletivas em sede de procriação artificial, que remetem a sociedade a uma nova eugenia. Os aconselhamentos genéticos, os diagnósticos genéticos pré-implantacionais, a seleção de sexo e a clonagem com finalidades terapêuticas representam progressos científicos antes impensáveis, porém, trazem consigo o perigo das práticas eugênicas de natureza positiva. A possibilidade de gerar e manipular embriões para formar seres humanos sob condições físicas e psíquicas, previamente escolhidas, fascina e ao mesmo tempo faz urgente a necessidade de impor limites à autonomia privada dos demandantes dos projetos parentais na reprodução assistida. O perigo do retorno da sociedade às ações seletivas, de natureza segregacionista, é iminente e o pior está na possível dificuldade de coibir estas condutas, haja vista os limites, nem sempre muito objetivos entre as seleções com finalidade terapêutica e com finalidade de melhoramento. Como forma de impor limites às vontades procriativas e disciplinar juridicamente as condutas eugênicas, deverão ser observados o princípio da dignidade humana, o respeito aos embriões por pertencerem à espécie humana, pela similitude que estes guardam com os já nascidos e pela identidade genética que detém desde o momento da concepção, a proteção à integridade e diversidade do patrimônio genético da humanidade.

Palavras-chave: reprodução humana artificial; eugenia, embrião; dignidade da pessoa humana; autonomia privada; patrimônio genético.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-implantacional
FET	Transferência de Embriões Congelados
FIV-TE	Fertilização In vitro e transferência de embriões
GIFT	Transferência Intratubária de gametas
ICSI	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide
IIV	Inseminação Intra-uterina
LC	Lei Complementar
OMS	Organização Mundial de Saúde
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TET	Transferência Intratubária de Embrião
ZIFT	Transferência Intratubária de Zigoto

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL, O DIREITO À SAÚDE E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	15
2.1 A EXTENSÃO DO CONCEITO DE SAÚDE	17
2.2 SAÚDE E REPRODUÇÃO HUMANA	21
2.3 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA	23
2.4 A REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL	28
2.4.1 Métodos	31
2.4.2 Tipos: Homóloga e heteróloga	34
2.5 O ACESSO ÀS TÉCNICAS	35
2.6 UM PANORAMA SOBRE A LEGISLAÇÃO NO BRASIL	37
3 EUGENIA CLÁSSICA E NEOEUGENIA	41
3.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS	43
3.2 TIPOS: POSITIVA E NEGATIVA	46
3.3 NEOEUGENIA	49
3.3.1 Aconselhamento genético	52
3.3.2 Diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI)	54
3.3.3 A proibição da engenharia genética e da clonagem como formas de coibir a neoeugenia	57
4 VIDA, DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA	63
4.1 O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO	64
4.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVA PROTEÇÃO EMBRIONÁRIA	69
4.3 AUTONOMIA PRIVADA E DIGNIDADE HUMANA	75
5 OS LIMITES ÀS VONTADES PROCRIATIVAS: A DISCIPLINA DA NEOEUGENIA NO DIREITO BRASILEIRO	82
5.1 A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO	83
5.2 OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	85

5.2.1 A escolha do doador nos procedimentos heterólogos	86
5.2.2 A possibilidade do uso do aconselhamento genético	88
5.2.3 Os limites ao uso do diagnóstico pré-implantacional	89
6 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

O tema da reprodução humana artificial apresenta-se de grande relevância social, pois envolve a satisfação do direito ao livre planejamento familiar, também como efetivação do direito à saúde, principalmente daqueles que anteriormente, no ordenamento jurídico, sequer poderiam ser reconhecidos como instituição familiar (famílias monoparentais formadas por solteiros, viúvos, divorciados e as uniões homoafetivas).

O assunto apresenta-se também muito delicado e de extrema complexidade para a sociedade por contemplar a interferência do homem no processo de geração e desenvolvimento da sua própria vida, que anteriormente se dava apenas de forma natural. Os avanços científicos em sede da medicina reprodutiva, propiciadores de manipulações genéticas, podem ocasionar intervenções de natureza eugênica na constituição do patrimônio genético da espécie humana.

O progresso biotecnológico, em especial na medicina reprodutiva e na Genética, disponibiliza para aqueles que buscam a efetivação do direito ao livre planejamento familiar, através da satisfação do desejo parental, a realização de técnicas diagnósticas para prevenção de doenças no momento que antecede a concepção ou na fase embrionária da vida, antes da implantação do embrião no útero da genitora, de forma cada vez mais precoce. Esses métodos diagnósticos também representam a esperança para as pessoas já nascidas, de tratamento e cura de enfermidades que até o presente momento carecem de solução.

Entretanto, a finalidade das manipulações de células germinativas e embrionárias humanas e as formas como as informações genéticas, oriundas destas práticas, serão utilizadas, podem incentivar a concretização de condutas eugênicas discriminatórias entre os indivíduos, na contramão do que o ordenamento jurídico preconiza através dos direitos fundamentais, e que tanto se luta para resguardar na sociedade, qual seja o respeito às liberdades individuais e ao princípio da dignidade humana, bem como a concreção do princípio da isonomia, com o respeito às diferenças materiais.

Dada a linha tênue que separa as finalidades terapêuticas dos objetivos eugênicos de “melhoramento” da espécie humana, é possível que através destas técnicas diagnósticas exista a grande chance das informações do genoma humano serem utilizadas como forma de estabelecer um banco de padrões genéticos de “aptos” e “inaptos”, de “saudáveis” e “doentes” na sociedade, ofendendo princípios e direitos básicos de dignidade, igualdade, privacidade, intimidade e preservação do patrimônio genético da humanidade. Dependendo do modo como

essas informações sejam utilizadas é possível que ocorram eugenismo, reducionismo e determinismo genético, discriminações e segregações por motivo de informações genéticas, bem como perda ou diminuição da capacidade natural de formação da identidade genética dos seres humanos. O problema desta pesquisa reside justamente em avaliar os limites entre as condutas de natureza seletiva, que buscam criar seres humanos para atender convicções particulares de “aperfeiçoamento” e as condutas terapêuticas que almejam a prevenção, cura e tratamento de patologias.

Em paralelo a esse cenário de avanço médico-científico e a essa realidade de várias possibilidades genéticas, há uma completa ausência de disciplina legal para regulamentar a matéria e, portanto, um vasto terreno de insegurança jurídica, que põe em situação de vulnerabilidade toda a humanidade, a mercê das vontades individuais de quem deseja ter um filho. Deste modo, urgente é a necessidade de se refletir e discutir na seara jurídica a respeito dos limites às técnicas diagnósticas de doenças, utilizadas na reprodução humana artificial, e propor uma normatização que confira segurança e preserve a humanidade e o seu patrimônio genético diante destes métodos, o que justifica a importância do presente estudo para o Direito.

Por isso, este trabalho tem como objetivo principal a identificação de limites éticos e normativos, com base nos princípios, direitos e garantias do ordenamento jurídico, aos procedimentos de reprodução humana artificial ante as inovações biotecnológicas de manipulações genéticas e, às vontades procriativas dos demandantes do projeto parental diante destas tecnologias biomédicas, em especial no uso de técnicas seletivas e diagnósticas pré-conceptivas e em face da vida embrionária. Para tanto se faz necessário analisar os diferentes métodos e possibilidades diagnósticas (aconselhamentos e diagnósticos genéticos pré-conceptivos e pré-implantacionais, seleção de sexo e o uso de procedimentos reprodutivos heterólogos) e suas reais finalidades, se estritamente terapêuticas ou de “aperfeiçoamento”.

Primeiramente insta abordar os conceitos de reprodução humana artificial, seus principais métodos e tipos, bem como as definições de saúde e família com alguns aportes históricos. Compreender a trajetória histórica dos conceitos de saúde e de família, da extensão do sentido e alcance do direito à saúde para efetiva tutela do ser humano, do atual reconhecimento constitucional das diversas formas de organização como entidades familiares, não somente as unidas pelos vínculos biológicos, mas também sócio-afetivos, a sua conformação como direito fundamental a receber a proteção da ordem jurídica são

importantes na análise dos possíveis limites a serem propostos perante a autonomia reprodutiva dos indivíduos.

Como este trabalho objetiva a identificação de limites éticos e jurídicos no âmbito de algumas técnicas de manipulação genética, imperioso que seja realizada uma análise do que existe em termos de regulamentação legal sobre a matéria da reprodução humana artificial e suas inovações tecnológicas e possibilidades genéticas.

No capítulo seguinte é apresentado o conceito de eugenia, em que consiste, sua construção histórica e suas possibilidades. A partir da apreensão do significado da eugenia clássica, como um dado histórico-cultural de princípios do século XX, é possível entender o que representou esta prática para a sociedade da época. É imprescindível compreender o que foi a eugenia tradicional para contextualizá-la, estabelecer a existência de possíveis semelhanças e distinções com as condutas seletivas em sede de manipulações biológicas do século XXI, que pode vir a ser a neoeugenia da contemporaneidade, concretizada através do desenvolvimento biotecnológico da medicina reprodutiva e da Genética. A contextualização e compreensão da eugenia são imprescindíveis para saber se as técnicas de manipulação e engenharia genética da atualidade representam um retrocesso às condutas seletivas do passado, mudando tão somente a roupagem científica no curso dos procedimentos de reprodução humana medicamente assistida.

Posteriormente é feita uma reflexão sobre o direito à vida e o seu início para o ordenamento jurídico, sobre os princípios da dignidade humana e da autonomia privada dos envolvidos nos processos de reprodução humana como forma de entender a proteção dispensada aos embriões humanos, às pessoas que estes se tornarão e aos futuros genitores. Estes são direitos e princípios basilares na conformação do direito à saúde, ao livre planejamento familiar e do possível já existente, direito à procriação. A partir do direito à vida e da dignidade humana são extraídos os limites às autonomias privadas dos demandantes do projeto parental. Nenhum destes aspectos da existência humana, seja a vida, a dignidade da pessoa humana ou a autonomia, são absolutos, e, diante de um conflito com outro bem jurídico, podem ser relativizados, assim como, o reconhecimento da imposição de limites à autonomia privada é fundamental na consecução do respeito à vida e à dignidade dos seres humanos, individualmente considerados, e de toda coletividade.

Além da análise ética e jurídica sobre o uso das técnicas seletivas e diagnósticas em células germinais e embrionárias, em decorrência da tutela à vida e à dignidade dos seres humanos e a proteção, ainda que relativa, aos embriões humanos, o presente trabalho também

ressalta como limite às liberdades reprodutivas, o direito constitucional de preservação do genoma humano diante das práticas diagnósticas, de modo que estas não ofendam a manutenção da diversidade e da integridade do patrimônio genético da humanidade. A tutela do patrimônio genético, alçado à categoria de direito constitucional da humanidade, demonstra a preocupação do ordenamento jurídico com a integridade e diversidade natural do genoma humano que consubstanciam a própria manutenção da vida humana e sua qualidade. Esta proteção não diz respeito apenas às informações genéticas dos cidadãos considerados individualmente, mas a toda espécie humana, presente e futuras gerações, haja vista o potencial devastador que as condutas de natureza eugênica podem representar através dos procedimentos de reprodução humana artificial, na escolha de doadores nos processos reprodutivos do tipo heterólogo, nas seleções de sexo, nos aconselhamentos e nos diagnósticos genéticos pré-conceptivos e pré-implantacionais.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL, O DIREITO À SAÚDE E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental e a proteção conferida à família em suas diversas formas de constituição são inovações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição Federal (CF) de 1988.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1925-1926), a saúde, alçada à categoria de direito fundamental, é fruto da constitucionalização proporcionada pela CF/1988, já que os textos constitucionais anteriores, quando se referiam à saúde, limitavam-se a distribuir competências entre os Poderes Públicos ou tratavam da saúde do trabalhador.

Com relação à proteção da família, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira (2013, p. 2114) afirmam que a segunda metade do século XX revela um período de transformações nas instituições familiares da cultura ocidental, de tal forma que os diversos ordenamentos jurídicos precisaram se adequar às novas relações familiares. Esta adequação da ordem jurídica a fim de reconhecer e conferir proteção às novas formas de organização das famílias resultou em uma mudança de mentalidade, referente aos paradigmas do casamento, da união indissolúvel, dos projetos parentais (direitos de procriação), do papel desempenhado por cada membro da família, entre outras mudanças sociais que reclamavam esta adequação e tutela do Direito.

Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira (2013, p. 2114) dizem que o modelo de família contemplado no Código Civil (CC) de 1916 mostrava-se insuficiente para atender os anseios sociais que demandavam novos modelos de família, sendo necessária uma proteção jurídica mais ampla e efetiva.

No que se refere à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1935-1936) evidencia a natureza do direito à saúde como um direito à prestações, seja nas hipóteses de iminente risco para a vida humana ou como forma de garantir o mínimo existencial para uma vida com dignidade e qualidade.

Basta analisar os dispositivos constitucionais para constatar algumas mudanças relacionadas ao direito de família. Os parágrafos do artigo 226 da CF/1988 demonstram a efetiva transformação quando reconhecem o status de família às uniões que não são formadas pelo matrimônio. O parágrafo 5º ressalta a igualdade de gêneros no seio familiar quando atribui os mesmos direitos e deveres a homens e mulheres enquanto membros da família.

O direito ao livre planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e constante no artigo 226, parágrafo 7º, da CF/1988, aparece como mais uma inovação da ordem constitucional vigente. Essa liberdade suscita questionamentos com relação à reprodução humana. Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p. 10153) questionam se a liberdade sobre o planejamento familiar contempla um direito fundamental autônomo e absoluto à procriação, o que representa mudanças na concepção de família e dos direitos reprodutivos na sociedade. Desde transformações relacionadas ao papel que a mulher desempenha na família, antes vista na obrigação de gerar filhos e agora detentora do direito de decidir por não tê-los, até a possibilidade de qualquer pessoa reclamar, diante das técnicas de reprodução humana artificial, o direito a ter filhos.

Os avanços da biotecnologia, em especial da medicina reprodutiva, encontram terreno fértil para a sua consolidação em meio às novas concepções e demandas do direito à saúde e das entidades familiares. Associados ao direito à saúde, às novas formas de constituição das famílias e ao livre planejamento familiar, os métodos de reprodução humana artificial surgem como instrumentos para a concretização dos direitos reprodutivos.

Como afirmam Alan Rocha de Souza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2009, p. 1158), embora as técnicas de reprodução assistida, em princípio, fossem destinadas a casais heterossexuais, com problemas de infertilidade, outros grupos sociais logo se aproveitaram dessas técnicas como forma de constituírem suas famílias, sem precisar obedecer ao modelo tradicional de família biparental, heterossexual, constituída através do matrimônio e dos laços de consaguinidade.

É nítida a relação de intersecção existente entre o direito à saúde, o livre planejamento familiar e a reprodução humana artificial, ao passo que um contempla o outro. Apesar dos métodos da reprodução assistida serem relativamente novos na sociedade e não encontrarem amparo normativo explícito no sistema jurídico, a sua previsão encontra-se implícita no reconhecimento do direito à saúde e no livre planejamento familiar, que se traduz em um direito a procriação.

Mas, mesmo com a consagração de novos direitos ou com a ampliação dos significados dos já existentes no ordenamento jurídico, faz-se imperioso salientar alguns aspectos importantes. Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p. 10155-10157) pontuam relevantes critérios restritivos que precisam ser considerados ao se abordar o livre planejamento familiar e os direitos reprodutivos. As autoras trazem à baila que não é possível considerar o direito à procriação como absoluto, totalmente autônomo, de forma que

não sofra limitações de ordem alguma, tendo em vista que os seus efeitos ultrapassam a esfera dos genitores, afetando diretamente a vida e a dignidade do filho a ser gerado, que não pode ser considerado objeto de desejo, ao contrário, é uma nova vida humana, detentora de dignidade, em que devem ser considerados o seu bem-estar físico, mental e espiritual, por isso a noção de paternidade responsável constante no artigo 226, parágrafo 7º da CF/1988. Ademais, o planejamento familiar engloba não apenas as noções de contracepção e concepção, aspectos da fecundidade, mas igualmente todos os mecanismos (moradia, alimentação, lazer, educação, etc.) para o pleno desenvolvimento e amparo da família e de seus membros.

A possibilidade do uso destas restrições decorre do valor fundante da ordem constitucional, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana que, da mesma forma que reconhece direitos, limita-os em nome da existência de uma sociedade igualitária, justa e solidária, objetivos de um Estado Social e Democrático de Direito.

2.1 A EXTENSÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

O direito à saúde está positivado em vários dispositivos da CF/1988, ora de forma explícita, ora implícita, como demonstração da relevância que este direito possui na ordem jurídica vigente.

De acordo com a compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1931) é elementar que uma ordem constitucional, que defende os direitos à vida e à integridade física e corporal, salvasse a saúde, sob pena daqueles direitos perderem sentido. Só para citar alguns destes dispositivos da Carta Magna, tem-se o artigo 196 que classifica a saúde como direito social, de titularidade de todos os indivíduos, e dever fundamental de proteção e promoção por parte do Estado, sendo, portanto, de natureza prestacional. Claudia Lima Marques (2013, p. 1997), ao comentar o artigo 218, que contempla o desenvolvimento científico e tecnológico como objetivo e dever do Estado, faz a combinação deste com o artigo 200, inciso V, em que o Poder Público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), tem como atribuição “incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico na área de saúde”.

O conceito de saúde alcançou uma conotação muito mais ampla da que anteriormente detinha. Saúde em sua interpretação primordial era considerada como ausência de enfermidades ou doenças. Uma reformulação hermenêutica se fez necessária para a completa promoção da saúde humana nos dias atuais. A definição de saúde que melhor se

coaduna com as necessidades e os anseios da sociedade contemporânea é o da Organização Mundial de Saúde (OMS) para a qual não basta a ausência de doenças ou enfermidades e sim um perfeito equilíbrio de todos os aspectos que formam o ser humano (físico, mental e social). Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 1933) analisa o artigo 196 da CF/1988 e o conceito de saúde proposto pela OMS, qual seja o “completo bem estar físico, mental e social” e diz que a Lei Maior brasileira está em perfeita consonância com esta definição, pois as ideias de promoção, proteção e recuperação explicitam o dever de efetivação do direito à saúde e salientam a necessidade de garantia da harmonia entre o ser humano e o meio em que vive.

Desta forma, não basta a avaliação do indivíduo tão somente sob o aspecto físico e biológico para constatar a ausência de enfermidades, é preciso um completo bem estar físico, psíquico e social do ser humano para que este seja considerado saudável. A definição de saúde é estendida ao aspecto social do indivíduo, suas relações interpessoais e ao ambiente em que vive esta pessoa. A preocupação com o ambiente laboral do trabalhador, que precisa ser harmonioso, isento de perturbações de ordem psíquica e igualmente livre de agentes químicos e biológicos que possam interferir negativamente no bem estar físico e mental do ser humano, constitui forma de comprovar o quanto o conceito de saudável recebeu nova interpretação.

A Lei número 8.080/1990 que dispõe sobre as formas de organização e funcionamento das instituições públicas e privadas para proteção e fomento do direito à saúde, reconhece, em seu artigo 3, parágrafo único, que o conceito de saúde não se restringe à ausência de enfermidade quando contempla o bem-estar físico, mental e social em consonância com a definição da OMS.

Porém, esta mudança de paradigma advém no decorrer dos tempos de questões culturais, de princípios e valores que se transformam, das alterações sofridas pelas sociedades, sendo, portanto, a definição de saúde um conceito relativo que depende das necessidades humanas num dado momento histórico. O conceito de saúde nada tem de natural, e, sim, cultural, criado e modificado pela humanidade, por isso, a dificuldade em estabelecer um referencial por longos períodos de tempo.

Para explicar o atual entendimento acerca do conceito de saúde na ordem constitucional vigente é importante que se faça uma digressão histórica desde a análise dos direitos humanos até as diversas dimensões dos direitos fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 29) explica esses conceitos e possíveis divergências ou aproximações entre as definições quando diz que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não

são sinônimos, apesar da estreita relação entre elas, pois os direitos fundamentais são sempre direitos humanos. A diferença reside na forma de positivação de cada um. Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano que estão positivados na Constituição, ou seja, ordem interna do Estado, enquanto que os direitos humanos são os inseridos nos documentos internacionais (tratados, convenções, cartas de acordos), independente da sua vinculação com alguma ordem constitucional, sendo assim supraestatais.

Desta forma, o direito à saúde, constante no Capítulo II, artigo 6 da Carta Magna, como direito social, é também direito e garantia fundamental, pois, constante na CF/1988, independente da classificação em direitos individuais, coletivos e sociais. Sendo direito fundamental é também direito humano, posto que o seu titular sempre será um ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 325) diz que o direito à saúde, ainda que não constasse expressamente na Constituição de 1988, poderia ser considerado de forma implícita por sua relação com o direito à vida e, portanto, direito fundamental.

A classificação dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações é útil e necessária para explicar a evolução e complementariedade pelas quais passaram esses direitos em decorrência das transformações históricas da humanidade. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 579) afirma que os direitos fundamentais são classificados em três dimensões sucessivas, sendo que a primeira corresponde aos direitos de liberdade, a segunda dimensão contempla os direitos de igualdade e a terceira alude aos direitos de fraternidade. Os direitos de primeira dimensão estavam relacionados à liberdade dos cidadãos, abarcavam uma concepção jusnaturalista e reclamavam uma atuação negativa por parte do Estado. Os direitos sociais que exigiam uma tutela interventiva por parte do Poder Público no sentido de fornecer educação, saúde, trabalho entre outros direitos considerados de natureza prestacional formavam os de segunda dimensão. A terceira dimensão dos direitos fundamentais engloba a preservação do meio ambiente, o patrimônio histórico, cultural e artístico, o direito de comunicação e estão relacionados à coletividade.

Dirley da Cunha Junior (2009, p. 592-593) expressa que existe forte tendência doutrinária em reconhecer uma quarta dimensão de direitos fundamentais que estariam relacionados ao direito à democracia direta e os direitos referentes à biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 50) também afirma a tendência do reconhecimento de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, mas que aguarda a sua consagração no direito internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta quarta dimensão seria composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

É possível afirmar que essa separação não é tão estanque assim como se apresenta, pois, o direito à saúde, considerado social, de segunda dimensão, está inserido no direito à vida e à liberdade que são direitos de primeira dimensão demonstrando o quanto estes se comunicam e estão entrelaçados. Da mesma forma, a liberdade dos direitos de primeira dimensão permeia todas as demais dimensões. Esta conclusão se coaduna com a crítica que Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 45) faz do uso do termo “gerações” para falar dos diferentes momentos históricos dos direitos fundamentais. Para o autor a palavra “gerações” pode ensejar uma ideia equivocada de substituição, de alternância de direitos, enquanto que “dimensões” atribui o sentido de completude, cumulatividade, sendo por isso preferida por ele e outros doutrinadores. José Afonso da Silva (2010, p. 184-185) diz que os direitos fundamentais integram-se de forma harmônica de modo que os direitos individuais estão contaminados de dimensão social, ou seja, se entrelaçam, e Dirley da Cunha Junior (2009, p. 579) aponta para um processo cumulativo de adoção de novos direitos que se somam aos já anteriormente reconhecidos, o que afasta a ideia de revogabilidade, supressão ou substituição de direitos.

Resta evidente que esta divisão dos direitos fundamentais em dimensões serviu para classificar as ações comissivas ou omissivas do Poder Estatal frente à sociedade. Assim como a terceira, quarta ou quinta dimensão de direitos fundamentais, estes são reflexos das necessidades coletivas e individuais da humanidade. Os direitos que estão positivados na Constituição não mudaram, não se trata de positivar novos direitos, mas de conferir-lhes uma nova interpretação ou alargar o seu entendimento, porque é isso que ocorre, são dadas novas significações aos direitos já consagrados na ordem constitucional vigente e admitir a revogabilidade dos direitos até aqui conquistados seria aceitar um verdadeiro retrocesso.

Por todo o exposto, é perfeitamente compreensível que, para assegurar a satisfação do direito fundamental à vida, sendo esta considerada com qualidade e bem estar, o conceito de saúde precisa abranger todas as esferas que compõem o ser humano. Pensar no direito à saúde apenas sob o seu aspecto de ausência de doenças é demasiadamente ultrapassado, simplório e unitário, não considerando as diversas necessidades e completude da pessoa humana. Já que encerra um conceito cultural, a saúde, que atualmente a ordem jurídica e os Poderes Públicos precisam reconhecer e efetivar deve considerar os aspectos físicos, psicológicos, espirituais e sociais que formam o ser humano.

2.2 SAÚDE E REPRODUÇÃO HUMANA

É fácil concluir que situações de esterilidade e infertilidade que impedem ou dificultam a realização da reprodução humana na forma natural estão atreladas à questão de saúde. A impossibilidade de procriar pode ainda acarretar para aquele que se vê nesta situação, um estado de extremo transtorno psíquico e de rejeição social. Logo, este faz jus a reclamar o seu direito social e fundamental à saúde.

Para estes, cuja impossibilidade de procriar representa uma enfermidade, Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 54) escreve que:

Um indivíduo perfeitamente saudável possui plena capacidade de gerar filhos, razão pela qual se deve considerar que pessoas inférteis não são absolutamente saudáveis, na medida em que possuem problemas que só podem ser resolvidos com o acesso aos serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados.

A possibilidade de se reproduzir e de ter uma vida sexual saudável está inserida, para alguns indivíduos, neste completo bem-estar físico, mental e social que a OMS conceitua como saúde. Discutir os recursos financeiros e a efetividade das políticas públicas para fomentar o acesso de todos de forma igualitária às técnicas de reprodução humana artificial é outra questão e não é objetivo desta pesquisa. Mas não há como negar o seu caráter de direito à saúde e, portanto, direito fundamental.

A impossibilidade de procriar de muitos seres humanos, atrelada às inovações tecnológicas na medicina reprodutiva, reafirma a ampliação do conceito de saúde ou de doença na sociedade atual. Entende-se que o indivíduo tem a liberdade de procriar quando quiser e a impossibilidade de fazê-lo lhe causaria sérios transtornos psicológicos que afetariam a sua saúde. A busca pela saúde sexual e reprodutiva, unida às concepções de família da atualidade, demanda o aumento na procura dos procedimentos de reprodução assistida. A realização do desejo de ter filhos relaciona-se diretamente com o conceito atual de saúde.

De forma reversa, se a impossibilidade de alguns indivíduos ou casais de concretizarem o desejo parental de forma natural e precisarem recorrer aos métodos de reprodução artificial é uma questão de direito à saúde, as possibilidades tecnológicas que a engenharia genética têm ofertado aos seus usuários, em sua maioria ainda desconhecidas em suas reais potencialidades e sem uma normatização ética e jurídica, pode representar o adoecimento populacional.

Fabiane Simioni (2006, p. 36) afirma:

Diante dos riscos para a saúde dos usuários/pacientes que se submetem a essas intervenções e procedimentos, torna-se ainda mais relevante a necessidade posta ao Estado brasileiro de enfrentar a ausência de normatização das tecnologias reprodutivas. De acordo com alguns autores, o foco da atenção não seria a questão da elegibilidade para o acesso, mas propriamente as implicações das práticas médicas em si, em um contexto em que há uma lacuna legal, a qual produz uma ampla liberdade de ação para o mercado da reprodução medicamente assistida.

Quando se fala em reprodução medicamente assistida o pensamento latente é o da oportunidade que possui várias famílias ou indivíduos de terem seus filhos porque foi com este objetivo e sob essa ideia que nasceu e se mantém, até os dias atuais, a reprodução assistida, mas o grande problema está justamente em pensar que as técnicas reprodutivas servem somente para gerar crianças e formar famílias. A ciência genética avançou de tal forma que atualmente é possível identificar no embrião humano fertilizado em laboratório, ainda fora do ventre materno, probabilidades dos filhos nascerem com determinadas enfermidades, selecionar características fenotípicas como cor dos olhos, dos cabelos entre outras, e até mesmo selecionar o sexo do bebê, o que se denominaria de eugenia positiva e eugenia negativa, as quais serão explicadas no capítulo seguinte.

Este, se não bem administrado e normatizado, torna-se um problema de saúde para toda a humanidade, presentes e futuras gerações, haja vista estar-se diante de um processo seletivo discriminatório de indivíduos, divididos em aptos e inaptos, doentes e “saudáveis” que formarão uma sociedade de robôs, fabricados a partir da vontade pessoal dos cientistas e dos solicitantes destas técnicas. Nessa seara, não só a saúde torna-se um direito aniquilado como o direito à vida, à liberdade, à dignidade da pessoa humana e a autonomia de ser como é e preservar a individualidade e a identidade genética. A sociedade civil pode agir diante das inovações científicas, impulsionada, muitas vezes, por total ignorância das consequências tecnológicas, por não conhecer e conseqüentemente não conseguir prever os resultados científicos a longo prazo.

Conforme posicionamentos de Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p. 10164), os avanços científicos não representam necessariamente progressos para a humanidade, pois podem gerar conseqüências conflitantes com os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Deste modo o que antes representava uma questão de conceituar saúde, alargar as possibilidades de acesso às técnicas de reprodução humana, porque estava proporcionando que mais casais se beneficiassem e se curassem, atualmente, reclamam-se limites para não retroceder e transformar o saudável em doente.

2.3 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

O planejamento familiar nem sempre foi tão livre assim como constante no artigo 226, parágrafo 7º da CF/88, pois, a história dos direitos reprodutivos já foi marcada por intervenções estatais na vida privada dos indivíduos a fim de instituir controles de natalidade para conter os aumentos demográficos, como afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 62). A Lei número 9.263/1996 nasce com a finalidade de regulamentar o planejamento familiar, alçado à categoria de direito constitucional.

Nos artigos 1º, 2º e 3º, a Lei em comento, reconhece a acessibilidade ao planejamento familiar a qualquer cidadão, homem, mulher ou casal, não havendo na norma qualquer restrição à orientação sexual dos demandantes. Dentre as políticas públicas relacionadas ao planejamento está inserido o direito contraceptivo, numa clara demonstração que os direitos sexuais e reprodutivos englobam não apenas o desejo de ter filhos, mas também o de evitá-los, sendo esta decisão de total liberdade dos indivíduos.

Através das revoluções feministas, as mulheres reivindicaram também o direito à contracepção, o direito de reprodução na sua forma negativa, omissiva. À mulher era obrigatória a maternidade. Os direitos reprodutivos representavam uma imposição à mulher e não expressão de liberdade desta. O que a mulher queria diante deste cenário era garantir a autonomia reprodutiva.

O planejamento familiar constitui a liberdade dos indivíduos em decidir o momento e a forma de constituir família ou mesmo de não formar uma entidade familiar, de não procriar e nem por isso sofrer qualquer repressão da sociedade por esta decisão.

Assim como o conceito de saúde sofreu modificações e teve o seu sentido ampliado em virtude das mudanças e necessidades sociais, não foi diferente com o conceito de família. Tanto a definição de saúde quanto a de família são construções sociais, antropológicas e culturais e como tais há uma natural relativização de definições no tempo e no espaço. Não há um conceito absoluto. Maria Berenice Dias (2015, p. 29) afirma que a família é uma construção cultural. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 36-37) corroboram ao dizerem que o conceito de família é mutável de acordo com as conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo uma pretensão da estrutura familiar, a inalterabilidade do seu conceito, pois seus elementos formadores variam em consonância com os valores e ideais de cada momento histórico.

O modelo de família patriarcal perdurou por séculos nas culturas Ocidentais. Maria Berenice Dias (2015, p. 29-30) pontua que a organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar e esta, por conseguinte, se forma pela instituição do casamento, que servia para organizar os vínculos interpessoais. Segundo a autora, os vínculos afetivos só eram aceitos social e juridicamente se chancelados pelo matrimônio e o núcleo familiar possuía um perfil hierarquizado e patriarcal. Por influência da religião cristã, por razões profissionais, sociais, pessoais, a forma de constituição familiar esteve, por muito tempo, centrada na biparentalidade, na presença obrigatória das figuras do pai e da mãe, sendo que a autoridade era paterna. A sociedade Ocidental, por várias décadas, atribuiu ao sêmen o princípio, a força e a base da família, não aceitando outras possíveis formas de constituição familiar que não a do pai e mãe unidos entre si pelos laços do matrimônio. A função da mãe era cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Segundo Valéria Silva Galdino Cardin (2009, p. 5610):

Do Brasil colônia ao início da República as únicas funções da mulher eram a procriação, os afazeres domésticos e os cuidados com a família. O Código Civil de 1916 preocupou-se mais com a família, contudo manteve o patriarcalismo conservador das Ordenações.

Esse modelo familiar biparental poderia até ser superado, mas seria por fatores circunstanciais, alheios à vontade dos indivíduos, e constituía a exceção. Poderia ser pelo falecimento de um dos cônjuges, pela ida do marido para a guerra, no entanto por mais que outras formas existissem, o conceito de família preponderante era o patriarcal, biparental e heterossexual.

Com o advento das revoluções feministas, da inserção no mercado de trabalho e independência financeira entre os séculos XVIII e XIX, a mulher foi adquirindo espaço nos diversos segmentos sociais e, por conseguinte, nas famílias. Maria Berenice Dias (2015, p. 30) ressalta a importância da revolução industrial para a consagração de transformações na estrutura familiar. Afirma a autora que a revolução industrial fez aumentar a necessidade de mão de obra para desempenhar as atividades e a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor da família. Como bem explicam Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 11), nesse momento, a mulher ultrapassa o papel de mãe, que até então detinha, e compete com o pai, assumindo muitas vezes o lugar de cabeça da família, como ocorre na monoparentalidade.

A mulher assume posição central na constituição familiar, são novas possibilidades de realização do desejo materno, o que Maria da Graça Reis Braga e Maria

Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 13) denominam de “declínio do pai”. Esse declínio seria a decadência da lei e autoridade do pai e ascensão da mãe, ainda nas palavras das autoras. O que vem ocorrendo é a mudança de um paradigma que perdurou por séculos e em várias sociedades, e, como na maioria das mudanças há um temor do que está por vir, é questionado se essa alteração de mentalidade, incorporada ao ordenamento jurídico, não provocará a deterioração das entidades familiares. Passa-se do modelo patriarcal de família para o matriarcal, sendo possível dizer que a ciência procriativa tenha contribuído para uma nova transição.

Novas formações familiares surgem e passam a coexistir com o modelo idealizado outrora da família patriarcal, biparental e heterossexual. São mães solteiras, num demonstrativo da família monoparental, uniões estáveis ou casamentos homoafetivos e ambos reclamam o direito à saúde sexual e reprodutiva. Com as novas formas de constituição familiar e ampliação da demanda pelas técnicas de reprodução assistida é temido pelos mais tradicionalistas, conservadores da definição de família biparental, que a maternidade e/ou paternidade no novo conceito transforme os filhos em objeto de consumo, prazer ou fetiche, criados sem afeto e carinho nas palavras de Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 14).

Os mais conservadores, defensores do antigo paradigma, demonstram resistência em aceitar novas concepções de família como se a biparentalidade patriarcal fosse o modelo ideal, critério de estrutura social bem sucedida e fórmula de sucesso para criação dos filhos. Como é uma questão cultural mostra-se totalmente compreensível a aceitação de alguns e a resistência de outros, principalmente daqueles que foram educados no antigo sistema familiar. Preceitua Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 13) que o temido é a adesão às famílias de indivíduos, considerados à margem da sociedade, como prostitutas, libertinos, homossexuais, e que por isso o modelo familiar seja desvirtuado de seus reais propósitos.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 36-37) ressaltam que os avanços sociais, a vigência de novos valores e o desenvolvimento científico, por exemplo, a concepção artificial do ser humano, evidenciaram uma preocupação com a proteção à pessoa humana de tal forma que o modelo tradicional de família cedeu espaço para a concepção pós-moderna baseada no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação das dignidades deles, sendo este o modelo contemporâneo de família.

Alan Rocha de Souza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2009, p. 1168) denominam a nova concepção de família como família-instrumento ou família-serviente numa alusão às entidades familiares como instrumentos a serviço dos seus membros, como grupos destinados à realização do pleno desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes.

A CF/1988 no artigo 226 confere à família status de principal instituição da sociedade, que merece especial proteção do Estado. Ao conferir tamanha importância à família, a ordem constitucional vigente reconhece outros direitos que decorrem diretamente da instituição familiar, quais sejam, o livre planejamento familiar, a proteção aos seus membros contra qualquer ato de violência ou coerção entre outros elencados nos dispositivos da CF/88.

Uma nova interpretação é dada ao dispositivo constitucional. Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p. 10151) argumentam sobre essa nova hermenêutica constitucional ao tratar da família:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a sua tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família.

Realmente o caput do artigo 226 da CF/1988 não faz referência ao termo “casamento”, apesar dos seus incisos mencionarem de alguma forma o matrimônio, evidenciando a importância que este possui para o ordenamento jurídico. Não há que se negar que o Direito brasileiro foi construído sob as bases do matrimônio, exaltando o casamento como formador da família. Reforça este entendimento o parágrafo 3º do mesmo artigo 226 da CF/1988, pois, apesar do reconhecimento da união estável como entidade familiar, de alguma forma defende a sua conversão em casamento, como se viver em união estável fosse estar na informalidade.

Entretanto, uma interpretação dos dispositivos constitucionais ou das normas infraconstitucionais que não confirmam à união estável o reconhecimento e a proteção de entidade familiar, não se adéqua mais à realidade social da contemporaneidade. Maria Berenice Dias (2015, p. 130-131) denomina a família da pós-modernidade de família constitucionalizada e diz que a CF/1988 viu que era preciso reconhecer outras formas de instituição familiar, além daquelas constituídas pelo casamento, e assim, contemplou na definição de família, as uniões estáveis, as monoparentais e as homoafetivas.

As novas formas de organização social fizeram surgir a necessidade do Direito regulamentar situações antes inexistentes. No supracitado artigo 226, parágrafo 4º, a CF/1988 utiliza o termo “entidade familiar” para a “comunidade formada por qualquer dos pais”. Atualmente a interpretação mais adequada que se faz da redação do parágrafo 4º é a do reconhecimento das famílias monoparentais que assim são circunstancialmente e intencionalmente constituídas. Ainda que à época da redação e promulgação da norma constitucional a proteção tenha se dirigido às famílias monoparentais que assim ficaram por situações fáticas, hoje, a interpretação que melhor se compatibiliza com o momento social é a que permite o livre planejamento familiar, seja qual for o modelo de constituição, biológico ou socioafetivo. É possível que o pensamento do legislador constituinte originário tenha sido o de proteger as instituições familiares que por algum infortúnio tenham se mantido com apenas um dos genitores e seus descendentes. Entretanto, a sociedade encontrou novas formas de se organizar e construir as suas relações e instituições, reclamando também a proteção estatal.

A Resolução número 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), faz o alargamento do conceito de família quando reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que, caso a ordem constitucional vigente relutasse em aceitar a união estável como entidade familiar, acabaria por ter que reconhecer o status de família às uniões homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 132, em 05/05/2011, também reconheceu às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o status de entidade familiar. O Ministro Carlos Ayres Britto, relator das ações, votou no sentido de dar interpretação conforme a CF/1988 ao artigo 1.723 do CC/2002. O conceito de união estável, que conforme o CC/2002 se aplica aos casais heterossexuais, a partir do julgamento das referidas ações passa a alcançar as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Carlos Ayres Britto (2011, p. 7) embasou o seu voto, entre outros fundamentos, no artigo 3º, inciso IV da CF/1988, dizendo que o sexo das pessoas não se presta como fator de discriminação ou preconceito e que tratamento desigualitário não se coaduna com o objetivo constitucional de promoção do bem de todos.

Nos dias atuais é reconhecido o status de família às uniões constituídas com base nos laços de afeto e convivência e não só nos vínculos do matrimônio e da consanguinidade. A interpretação dos comandos normativos constitucionais mais condizente com a realidade

atual deve ser a de considerar as famílias independentemente da formalidade dos vínculos que unem os seus membros. Fabiane Simioni (2006, p. 41) defende este posicionamento quando assevera que a família não se constitui tão somente através do casamento e da filiação.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 41-42) salientam que os membros da família atual são ligados por laços biológicos ou sócio-psico-afetivos e que o modelo de família-instituição cede espaço para o modelo de família-instrumental, a serviço do desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus integrantes. Os autores asseveram que a justificativa constitucional para proteção aos novos modelos familiares está nas pessoas dos seus membros, seres humanos merecedores da tutela da dignidade e igualdade.

Os laços do matrimônio ou os vínculos patrimoniais já são insuficientes como formadores das organizações familiares. A solidariedade, o afeto e o desejo de realização e desenvolvimento pessoal se sobrepõem às formalidades que constituíam as bases familiares. Reconhecer o status de família e promover a sua tutela apenas aos unidos pelo casamento ou pelos vínculos consaguíneos, na sociedade atual, significaria aceitar situações discriminatórias, preconceituosas e negar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, a autonomia privada dos indivíduos e a existência dos vínculos de amor e afeto que une os seres humanos, independente do aspecto biológico. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 131) o elemento distintivo da família, que une as pessoas, nos dias atuais, é a presença do vínculo afetivo.

Mas se o conceito de família foi ampliado para abarcar as novas formas de organização, os direitos de família também precisam ser estendidos a estas instituições. O artigo 226, parágrafo 7º da CF/1988, concebe o planejamento familiar como direito a ser fomentado pelo Poder Público. E a locução “livre” associada aos conceitos de dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável denotam a força que possui a autonomia dos indivíduos no exercício do direito ao planejamento familiar na contemporaneidade.

2.4 A REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

As técnicas de reprodução humana artificial são relativamente novas no seio da sociedade mundial. Apesar da realização de constantes pesquisas, de inseminações artificiais em animais e experimentos com gametas humanos desde fins do século XVIII, a sua efetividade em seres humanos data do século XX. Certamente, a infertilidade ou esterilidade já existiam desde os tempos mais remotos da história da humanidade, impossibilitando

homens e mulheres de concretizarem as suas vontades procriativas, porém, eram desconhecidas da comunidade médica e científica. Fernando David de Melo Gonçalves (2011, p. 11) explica que, em razão desta ausência de conhecimento médico e da falta de recursos científicos, atribuía-se a origem da infertilidade a fatores místicos, sobrenaturais, como castigos dos deuses contra alguém e maldições que impossibilitavam a perpetuação das dinastias.

As mulheres eram as que mais sofriam com a impossibilidade de procriar. Era atribuída às mulheres a responsabilidade por gestar filhos robustos e saudáveis que herdassem e perpetuassem os reinos, dinastias ou linhagens. Da mesma forma, aquelas que não conseguissem gerar um herdeiro eram menosprezadas e rejeitadas pelos maridos e pela sociedade. Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 19) esclarece a ideia supracitada quando diz que:

Para os judeus, a infertilidade era considerada como um castigo de Deus, e para os romanos era uma justificativa para que o marido pudesse repudiar a esposa. A situação não mudou na idade média, pois, até o final do século XV, a culpa pela incapacidade reprodutiva ainda era atribuída à mulher.

Segundo Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 23), até o final do século XV, não se cogitava a possibilidade dos homens serem os responsáveis pela incapacidade de procriar e, até que fosse descoberta a infertilidade masculina, somente a mulher continuaria sendo considerada estéril. Mesmo diante do avanço das pesquisas científicas, que constataram, no século XVII, que a razão da incapacidade procriativa poderia estar relacionada à falta de espermatozoides, em decorrência da desigualdade de gêneros, a mulher continuou desprovida dos seus direitos sociais, inclusive reprodutivos.

Com o advento das pesquisas científicas na área da reprodução humana, das técnicas de manuseio e manipulações biológicas em laboratórios, que perdurou por séculos e décadas, as crenças místicas e religiosas foram cedendo espaço para razões de origem médico-científicas que explicavam as dificuldades de homens e mulheres para procriação.

Do final do século XVIII até o século XX estudos e testes foram feitos a fim de alcançar êxito nas técnicas reprodutivas. De acordo com Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 23), somente no século XX, mais precisamente na década de 70, com o aperfeiçoamento do conhecimento nas ciências médicas, foi possível a realização de descobertas na genética e como afirma Fernando David de Melo Gonçalves (2011, p. 14) em 1978, na Inglaterra, as técnicas de reprodução artificial foram bem sucedidas em seres humanos e proporcionou o nascimento do primeiro “bebê de proveta”. No Brasil a primeira criança nascida dos procedimentos de reprodução assistida e, portanto, de sucesso com a técnica da fertilização *in*

vitro, foi em 1984. Ou seja, conforme mencionado, os avanços técnico-científicos e êxitos desse ramo da medicina são jovens, apesar da longa idade que possuem os problemas de infertilidade da humanidade.

Apesar dos êxitos alcançados nos processos envolvendo reprodução humana artificial e desta não ser mais uma técnica de remotas probabilidades de satisfação do desejo parental, o conhecimento das reais possibilidades e implicações advindas das tecnologias médicas e científicas no campo da reprodução medicamente assistida ainda estão ao alcance de um público restrito. São médicos, cientistas, pesquisadores e alguns operadores do Direito, sendo estes últimos preocupados com a necessidade de regulamentação da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

O tema ainda é um caminho pouco explorado e longo a ser percorrido. Basta dizer, para demonstrar o amadorismo das reflexões acerca da temática, que ainda não há uma regulamentação legal sobre a matéria, mesmo com o advento das técnicas em reprodução medicamente assistida, propiciado pelos avanços científicos, e a busca cada vez maior dos indivíduos pela satisfação das vontades procriativas através do referido método.

Segundo Ramiro Gonçalves Sales e Régis Luiz Jordão de Alcântara (2012, p. 883):

No Brasil a técnica da inseminação artificial foi difundida sem um processo prévio de discussão sobre sua aplicação, colocando a sociedade frente a questões delicadas, como o nascimento de quintuplos e a recorrência de gestações múltiplas, a paternidade *post mortem*, direitos sucessórios do embrião [...]

Mas falar em reprodução humana assistida é reunir em um só grupo as diferentes técnicas de manuseio e manipulação de células germinativas masculinas e femininas (espermatozoides e óvulos), possibilitando que casais com dificuldades, denominadas genericamente de infertilidade ou esterilidade, que não conseguem procriar através do método natural da conjunção carnal, consigam concretizar o desejo de ter filhos, além dos indivíduos que compõem os novos grupos familiares, denominados por projetos monoparentais e uniões homoafetivas. A reprodução humana artificial contempla inúmeras possibilidades, sendo necessária, para melhor compreensão, uma breve apresentação das principais técnicas procriativas.

2.4.1 Métodos

Neste tópico importa fazer uma rápida conceituação de alguns métodos de reprodução humana artificial para que sejam estabelecidas as principais diferenças entre eles e, assim, facilitar a compreensão das situações que ensejam as maiores controvérsias éticas, sociais e jurídicas na atualidade.

Existem outros métodos relativos à reprodução medicamente assistida que não estão elencados aqui, seja porque são difundidos de forma mais tímida ou são menos usuais, mas, como não é a pretensão deste trabalho esgotar toda a gama de procedimentos médicos reprodutivos, a presente pesquisa apresenta os conceitos das principais possibilidades ou das mais demandadas técnicas que interessam ao debate.

Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 232) diz que as técnicas de reprodução assistida consistem em vários procedimentos disponíveis a ajudar casais a concretizar uma gravidez, sendo que a escolha do método mais adequado dependerá do caso clínico do paciente. A autora enumera as técnicas em inseminação intra-uterina, mais conhecida como inseminação artificial (IIU), a fertilização *in vitro* e transferência de embriões (FIV-TE), a transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência intratubária de zigoto (ZIFT), transferência intratubária de embrião (TET), injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) e transferência de embriões congelados (FET). Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 17) preceitua que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são os métodos mais conhecidos.

Na explicação da Professora Ana Thereza Meirelles (2014, p. 37):

A inseminação artificial é procedimento que visa a coleta do sêmen do genitor para que seja introduzido na cavidade uterina, de maneira que a fecundação (junção dos gametas) só ocorrerá no corpo feminino, não havendo manipulação do zigoto ou embrião de forma extracorpórea.

Ainda nas palavras da Professora Ana Thereza Meirelles (2014, p. 38), o conceito de fertilização *in vitro*:

A fertilização *in vitro* pressupõe a coleta de óvulos para associá-los aos espermatozoides em laboratório, o que faz com que a fecundação ocorra fora do corpo feminino, possibilitando o manuseio e a manipulação dos zigotos ou embriões concebidos extracorporeamente.

A supracitada técnica propicia que a união e a fecundação dos gametas masculino e feminino ocorram em laboratório para posterior introdução do embrião no ventre materno. Na fertilização *in vitro*, diferentemente da inseminação artificial, a fecundação ocorre em

ambiente extracorpóreo e conseqüentemente ocorre a manipulação dos embriões humanos em laboratório.

A GIFT e a ZIFT consistem na transferência de gametas ou zigotos, respectivamente, para as trompas uterinas das mulheres. Como explica Fernando David de Melo Gonçalves (2011, p. 22), os aludidos métodos procriativos artificiais possuem identidade com apenas uma distinção. Enquanto na GIFT há introdução intratubária dos gametas masculino e feminino para que ocorra a fecundação *in vivo*, ou seja, no interior do corpo da mulher (ambiente natural), na ZIFT, a formação do embrião ocorre em ambiente externo e o embrião é inserido nas trompas de Falópio.

Salienta-se que os procedimentos de inseminação artificial e fertilização *in vitro* poderão ser homólogos ou heterólogos conforme utilizem células sexuais dos demandantes do projeto parental ou de doadores, mas isso será assunto do tópico seguinte.

Dentre as supracitadas técnicas, a fertilização ou fecundação *in vitro* é a que suscita maiores preocupações e conflitos nas áreas médica, ética e jurídica, em decorrência da sua própria forma de realização. Como salienta Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 18-19) o método da fertilização *in vitro* é o que origina a preocupação com relação aos embriões humanos produzidos e criopreservados em laboratório. Poderia dizer que é esta a mais utilizada na contemporaneidade, mas também a responsável pelos dilemas envolvendo a produção de embriões humanos em laboratório e a sua manipulação para fins diversos da procriação.

De acordo com Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 233), as etapas da fertilização *in vitro* são a estimulação da ovulação, aspiração folicular, fecundação, transferência embrionária e congelamento de embriões. Uma crítica salutar a esta classificação da autora é quanto ao congelamento de embriões como se fosse uma etapa necessária ao procedimento, quando em verdade é mais uma consequência, que pode ocorrer ou não, pois, como explica Maria Rosário H. Sanchez Morales (2007, p. 255), o congelamento de embriões é uma derivação de técnicas de reprodução humana artificial, assim como são a clonagem, a seleção de sexo em embriões, entre outras.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 32) diz que a fim de aumentar as chances de êxito de uma gravidez oriunda da fecundação extracorpórea, costuma-se extrair vários óvulos a partir da estimulação artificial ou superovulação, que, nas palavras de Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 238), significa a hiperestimulação ovariana, podendo acarretar complicações à saúde feminina. Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 19) explica que é

feita uma estimulação hormonal que provoca essa hiperovulação na paciente, originando vários óvulos que, unidos às células germinais masculinas, serão fecundados em laboratório e produzirão vários embriões a serem transferidos para o ventre materno. Desta forma ocorre a fertilização *in vitro*.

Por outro lado, a quantidade também excessiva de embriões que são produzidos e transferidos para o útero poderá provocar uma gravidez múltipla, que representa outra complicação decorrente da fertilização *in vitro*. Conforme explica Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 238), estas gestações múltiplas estão associadas a uma maior taxa de abortos, partos prematuros e maior mortalidade neonatal. A fim de evitar o fenômeno da gestação múltipla, os embriões excedentes são congelados (criopreservados) em laboratório e assim permanecerão até que possam ser utilizados em outro projeto parental, em pesquisas e terapias gênicas ou mesmo descartados.

Não restam dúvidas que as técnicas de reprodução humana artificial trouxeram avanços para a sociedade. Maria Rosario H. Sanchez Morales (2007, p. 231) aponta que há 30 anos já se falava dos benefícios e riscos que a engenharia genética humana e a reprodução humana assistida iriam proporcionar à humanidade no final do século XX com a previsão da produção de espécies transgênicas em laboratório, a clonagem de animais, a criação de bebês *in vitro*, o diagnóstico genético para muitas doenças, fabricação de órgãos humanos, entre outras. A previsão do que seria possível fazer em termos genéticos se concretizou, só não se tem ainda o exato alcance dos benefícios e malefícios que estas descobertas e possibilidades podem proporcionar às presentes e futuras gerações.

É possível reconhecer que são benefícios da medicina e da genética proporcionar a prevenção e cura de doenças, facilitadas pelo diagnóstico de enfermidades de cunho genético e pela utilização de células-tronco advindas de embriões humanos em situação extracorpórea, a maternidade para mulheres na menopausa que já não viam a possibilidade de ter filhos em virtude de limitações físico-orgânicas decorrentes da idade, famílias que, acometidas por problemas de infertilidade e esterilidade, conseguem realizar o desejo de ter filhos mantendo, em alguns casos, um vínculo genético e biológico sem precisarem recorrer à adoção, o surgimento de novos modelos de família, dando às uniões homossexuais e projetos monoparentais a possibilidade de terem seus filhos e receberem tratamento igualitário como estruturas familiares.

Outras questões se impõem ao falar de engenharia genética e reprodução humana artificial e ensejam os dilemas da biotecnologia ao considerar a criopreservação de embriões

excedentes, não utilizados nas técnicas de reprodução assistida e congelados para servirem à finalidades distintas da procriação, a clonagem humana, a eugenia genética na busca pelo ser humano “perfeito”, o nascimento de crianças com o objetivo de servir de cura de doenças para os irmãos, a intervenção no patrimônio genético da humanidade e o que mais a ciência possa fazer em termos genéticos e que a sociedade ainda desconhece.

2.4.2 Tipos: Homóloga e heteróloga

Todas as técnicas de reprodução medicamente assistida, referidas no tópico anterior, podem ser realizadas com o uso de células germinativas do próprio casal ou futuro progenitor (a), sendo neste caso procedimento homólogo ou com gametas doados por terceiros, não envolvidos no projeto parental, este denominado procedimento heterólogo.

No procedimento homólogo as células germinativas (óvulo e espermatozoide) utilizadas são do casal ou dos demandantes do projeto parental. Como explica Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 72) neste procedimento não há qualquer dúvida quanto à filiação, ainda que a concepção ocorra à distância de tempo e de espaço, ou seja, são mantidos os vínculos consanguíneos como prova de filiação.

O Código Civil brasileiro, lei 10.406 de 2002, reconhece, em seu artigo 1.597, incisos III e IV, como filhos concebidos na constância do casamento, os havidos por fecundação artificial homóloga. Apesar de não ser esse o cerne do presente trabalho, insta salientar que o legislador infraconstitucional demonstrou preocupação com o modelo tradicional de família, constituída pelo matrimônio e sob os laços da consanguinidade, bem como com os efeitos sucessórios, quando enfatizou no *caput* do aludido artigo o termo “casamento”, transparecendo a preocupação com a prova da filiação, que no caso da homóloga, preserva os vínculos biológicos.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 47) explica que a concepção artificial será heteróloga quando houver necessidade de utilizar material genético de terceiros, doadores estranhos aos indivíduos que buscaram a procriação. Tanto as células reprodutoras femininas quanto as masculinas podem ser objeto de doação na fecundação artificial heteróloga, podendo para um mesmo projeto parental haver a necessidade de utilização das células sexuais de ambos ou de apenas um.

De forma semelhante, o CC/2002 contempla a reprodução humana heteróloga quando, no artigo 1.597, inciso V, reconhece como havidos na constância do casamento, os

filhos oriundos da aludida técnica, também demonstrando a preocupação com a instituição familiar clássica, constituída pelo casamento e a prova da filiação, sendo que, neste caso, diferentemente do que acontece com a homóloga, o vínculo de filiação decorre do afeto e este prevalece sobre os laços biológicos.

A fecundação medicamente assistida do tipo heteróloga aparece como uma alternativa para aqueles que não teriam como evitar a transmissão de doenças hereditárias a sua prole, como ressalta Ana Thereza Meirelles (2014, p. 47-48).

Os problemas advindos da reprodução artificial heteróloga são o anonimato do doador de material germinativo, onde se discute se o filho teria o direito a conhecer a sua identidade genética através do conhecimento da identidade do genitor, e a possibilidade de se praticar a eugenia ao escolher por determinadas características fenotípicas que não implicam em evitar doenças, mas evidenciam aspectos puramente estéticos.

Importante ressaltar que não deve caber aos indivíduos, demandantes da realização do desejo de ter filhos, a escolha pelo tipo da concepção artificial, se homóloga ou heteróloga. Ana Thereza Meirelles (2014, p. 46) elucida que a determinação do uso ou não das células germinativas do demandante do projeto parental dependerá de uma avaliação médica a fim de verificar se será possível concretizar a reprodução medicamente assistida de forma homóloga ou heteróloga, assim como a escolha do procedimento heterólogo deve estar justificado por razões de esterilidade, probabilidade de transmissão de doenças hereditárias familiares, bem como pelas circunstâncias que envolvem solteiros, viúvos, divorciados e homossexuais como assevera a mesma autora (2014, p. 48).

Afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 47) que a reprodução artificial de natureza heteróloga pode utilizar, no mesmo projeto parental, tanto óvulos quanto espermatozóides doados por terceiros, bem como é possível que utilize célula germinal somente de um dos futuros progenitores.

2.5 O ACESSO ÀS TÉCNICAS

Para Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 229), a infertilidade consiste numa impossibilidade de um ou de ambos os cônjuges de conceber uma gestação, por um período de no mínimo dois anos, com atividade sexual normal e sem o uso de métodos contraceptivos, que pode ser por fatores de ordem funcional ou orgânica, enquanto que a esterilidade se apresenta quando as terapias postas à disposição não propiciam a cura.

Ao explicar as técnicas de reprodução humana assistida, Maria Rosario H. Sanchez Morales (2007, p. 255) afirma que a finalidade destas é “solucionar os problemas de esterilidade na espécie humana”. A autora não está equivocada em sua afirmativa, realmente o desenvolvimento das tecnologias biomédicas, que culminaram no surgimento dos métodos de reprodução humana artificial, decorreu da busca pela cura ou tratamento dos males da infertilidade que assolavam os casais ávidos pela realização do desejo de procriar. Entretanto, diria que esta assertiva não se coaduna mais com o pensamento atual ou é insuficiente como critério de legitimação para justificar o acesso às técnicas de reprodução artificial.

É bem verdade que a medicina reprodutiva, a genética buscaram a solução para os males relacionados à saúde humana (esterilidade e infertilidade) e não poderia ser diferente em se tratando das ciências médicas, outro não poderia ser o critério definidor para o acesso às tecnologias reprodutivas que não os motivos impeditivos de ordem biológica. Porém, esse cenário apresenta-se diferente na contemporaneidade e outras motivações impulsionam os indivíduos na demanda pelos procedimentos da reprodução medicamente assistida.

Através das tecnologias conceptivas, tornou-se mais fácil, para as novas formas de organização familiar, realizarem o desejo parental. Não foram as técnicas de reprodução humana artificial que proporcionaram o surgimento destes novos modelos de instituições familiares. A reprodução humana assistida surgiu em meio aos anseios das famílias de modelo biparental, patriarcais, heterossexuais. A popularidade, cada vez mais frequente, das técnicas de inseminação e fertilização *in vitro*, aliada à ordem jurídica, fundamentada nos valores da igualdade, da não discriminação e dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, do livre planejamento familiar e autonomia privada, somente fez com que solteiros, viúvos, divorciados e casais homossexuais vislumbrassem e reclamassem a possibilidade de constituírem as suas proles.

Defende Ana Thereza Meirelles (2014, p. 44) impedimentos de ordem procedimental, como ocorre nos casos de produção independente, denominados projetos monoparentais, e nos casais homossexuais, como legitimadores do acesso aos processos de procriação assistida, haja vista a impossibilidade circunstancial destes de terem os seus filhos do modo natural.

A Constituição Federal de 1988 admite a pluralidade das entidades familiares, reconhecendo o casamento, a união estável e as famílias monoparentais. Igualmente a Resolução número 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ reconhece a união estável e o casamento dos casais homossexuais. A Resolução número 2.121/2015 do Conselho Federal

de Medicina (CFM) estendeu o acesso às técnicas de reprodução humana artificial dos relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras numa demonstração que a infertilidade não é mais o único critério justificador.

Ainda existem restrições e preconceitos com relação aos demandantes das tecnologias conceptivas artificiais. Há contradições e questionamentos na legislação pátria para serem sanadas. As dúvidas interpretações causam insegurança e tratamentos desiguais no ordenamento jurídico. Obviamente que não existem direitos absolutos, nem mesmo a vida constitui direito supremo imune a qualquer relativização. Da mesma maneira não seria com o direito à saúde, ao planejamento familiar e autonomia reprodutiva. É preciso sopesar, no caso concreto, os interesses de todos os envolvidos no projeto parental. Além dos demandantes, ávidos pela realização do desejo da maternidade e da paternidade, é preciso cuidar da proteção e desenvolvimento das crianças. Diante das novas tecnologias da genética reprodutiva, também estão envolvidos direitos das presentes e futuras gerações, direitos da humanidade. Há uma confluência de direitos que apenas na realidade fática poderão ser confrontados.

2.6 UM PANORAMA SOBRE A LEGISLAÇÃO NO BRASIL

No Brasil ainda não há previsão legislativa em termos de reprodução humana artificial. O que se tem são regulamentações esparsas, ora destinadas a regular, de forma muito superficial, o uso de material genético para pesquisas científicas, ora voltadas à normatização das condutas dos profissionais da Medicina na utilização das técnicas de reprodução assistida, respectivamente a Lei Federal de Biossegurança, número 11.105/2005 e a Resolução 2.121/2015 do CFM.

Importante ressaltar que, apesar da Resolução do CFM abordar a reprodução humana artificial e apresentar normas éticas para a utilização das técnicas procriativas, esta representa o Código de Ética dos profissionais da Medicina e, portanto, contém dispositivos deontológicos a serem observados pelos médicos, não possui força legislativa e não foi criada com o intuito de normatizar o assunto, impor limites éticos e jurídicos a serem observados por toda a sociedade. Também não poderia ser considerada lei em sentido estrito, pois não obedece aos rigores formais exigidos para a sua elaboração, não fazendo parte do ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, impende salientar que não possui a imperatividade de um comando legal a ser observado por todos, sendo apenas normas de conduta, de observância dos profissionais da Medicina.

A Resolução em estudo apresenta conceitos e normatizações que precisam ser esclarecidas, como exemplo o tempo máximo para manter os embriões criopreservados, momento em que excedendo esse prazo podem ser descartados dependendo da vontade dos progenitores. Da mesma forma, quando a Resolução prevê a possibilidade de utilização da reprodução artificial conjugada com o diagnóstico genético de pré-implantação para identificação de doenças, não diz quais as doenças passíveis de autorizar um processo seletivo de embriões.

A Lei Nacional de Biossegurança, apesar de lei em sentido estrito, não regulamenta em nada a reprodução assistida e a possibilidade do uso de técnicas eugênicas. Não foi criada com esta finalidade e por isso mostra-se com pouca utilidade no âmbito da reprodução humana assistida. Faz menção em um único artigo à utilização, em pesquisas e terapias, de células-tronco oriundas de embriões humanos obtidos da técnica de fertilização *in vitro*. Mesmo este único artigo, que possui pertinência com o objeto desta pesquisa, é alvo de críticas em seu conteúdo, pois, não esclarece de fato os limites da pesquisa com embriões humanos advindos das técnicas de reprodução assistida e dá margem para interpretações dúbias, dada a vagueza do seu texto.

A doutrina analisa o artigo 5º e incisos da Lei de Biossegurança e tece críticas à indeterminação dos termos utilizados. Maria Auxiliadora Minahim (2007, p. 81) questiona o tempo estipulado pela Lei para manutenção dos embriões humanos criopreservados em laboratório, bem como a inviabilidade destes para fins de procriação. Maria de Fátima Freire de Sá e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2007, p. 126-127) questionam no inciso I quais foram os critérios para definir a inviabilidade do embrião e no inciso II qual teria sido a motivação do legislador para normatizar o prazo de congelamento dos embriões.

Outra possível crítica feita à mencionada Lei é a nítida contrariedade que esta guarda com a Lei Complementar (LC) número 95/1998. A LC 95/1998 diz em seu artigo 7º, incisos I e II, que objetos distintos não podem ser regulamentados pela mesma lei. A crítica à Lei de Biossegurança é justamente porque ela dispõe sobre temas distintos: meio ambiente, alimentos transgênicos e patrimônio genético.

Crítica salutar à ausência de disposições legais sobre a reprodução assistida é feita por Fabiane Simioni (2006, p. 36):

O debate no legislativo brasileiro centra-se muito mais em perspectiva restritiva ou proibitiva para o acesso dos indivíduos aos serviços de RA. Dessa forma, ao direcionar a legislação para a proibição e em última análise para a geração de vidas, estará omitindo-se quanto às práticas médicas, as circunstâncias e as condições em que são geradas essas vidas.

As previsões constantes no CC/2002, em seu Capítulo II, artigo 1.597, incisos III, IV e V, reconhecem o direito à filiação aos filhos havidos através das técnicas de reprodução humana artificial, o que já representa uma adequação legislativa às mudanças sociais, mas o que se vê ainda é a predominância de uma preocupação voltada tão somente para o aspecto patrimonial.

O Projeto de Lei (PL) do Senado de número 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, propôs a regulamentação da reprodução humana assistida. Este já recebeu apensos de vários outros projetos relativos à mesma matéria e atualmente encontra-se aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) sob o número 1.184/2003. Quando idealizado, em 1990, representou uma inovação, diante da falta de previsão normativa, e, atualmente, já se somam quase doze anos de discussão no Congresso Nacional (CN), porém o PL substitutivo, de número 1.183/2003, se hoje aprovado nos termos em que se encontra, não serviria a responder algumas questões que se impõem em termos de reprodução artificial.

Seja pelo lapso temporal no que diz respeito aos avanços da medicina reprodutiva, pois o PL foi idealizado em 1999 e os estudos científicos já progrediram de forma que hoje novas preocupações e questionamentos se impõem, ou pela mudança de mentalidade e aspirações que a sociedade reclama como o direito à saúde reprodutiva e ao livre planejamento familiar, o Projeto de número 1.183/2003 se mostraria insuficiente, pois, entre outros dispositivos, prevê em seu artigo 2º que as técnicas de reprodução assistida serão permitidas nos casos de infertilidade e para prevenção de doenças ligadas ao sexo, o que não é mais compatível, por exemplo, com as novas formas de constituição familiar.

Se anteriormente, na década de 90 e mesmo em 2003 com o Projeto substituto, o debate e produção legislativa em termos de reprodução humana assistida eram de natureza restritiva e proibitiva, de quem poderia se submeter a estes procedimentos médico-científicos, hoje, com o desenvolvimento da genética, que possibilita a manipulação de embriões humanos para diagnósticos e seleções de características de forma cada vez mais precisa, se faz necessário adicionar outro enfoque normativo. Agora as atenções devem recair também sobre o respeito e valorização da vida, da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada consciente e responsável, da preservação das informações genéticas da humanidade entre outros direitos de matriz constitucional que são verdadeiros princípios de ordem pública.

É preciso valer-se da confluência de princípios e fundamentos da Bioética, dos Tratados de Direito Internacional que versam sobre direitos humanos, da Carta Magna brasileira para que o Biodireito ou o Direito Biomédico se estabeleça e se confira proteção aos direitos das pessoas demandantes dos procedimentos de reprodução assistida, bem como dos embriões humanos gerados a partir das técnicas reprodutivas. Essa falta legislativa cria um ambiente de insegurança, pois carecedor de regulamentação, vigilância e fiscalização dos procedimentos reprodutivos realizados como informam Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 17), dando margem às práticas em desacordo com princípios éticos e jurídicos.

3 EUGENIA CLÁSSICA E NEOEUGENIA

É importante fazer uma digressão histórica para refletir e entender o que foi, o que significa e o que poderá vir a se tornar a eugenia para o futuro da espécie humana. É necessário compreender a eugenia clássica, a neoeugenia e o que pode estar caminhando para se tornar a eugenia liberal, facilitada e até legitimada pelas tecnologias da medicina reprodutiva. Importante também é o correto entendimento sobre a eugenia e suas possibilidades atuais, designadas de nova eugenia, o debate acerca dos anseios, valores e princípios da sociedade contemporânea para que não sejam feitos juízos apriorísticos de valor do que é certo ou errado, bom ou mal em termos de práticas seletivas.

O desenvolvimento da Ciência médica, especificamente no que diz respeito à Genética, entusiasma a sociedade para as novas possibilidades em termos de reprodução humana artificial. Por outro lado, causa preocupação com questões éticas e jurídicas pela possibilidade de um retrocesso às práticas eugênicas do passado, agora sob a designação de neoeugenia ou eugenia liberal.

Afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 75) que as intervenções da Genética, aliadas às inovações biotecnológicas, devem ser praticadas de forma responsável, refletindo sobre as consequências que estas práticas podem ocasionar. Complementa a autora que não é porque a Ciência proporciona a possibilidade de controle e conhecimento da constituição e alteração do processo natural de surgimento da vida humana, que necessariamente essas condutas devam ser praticadas sem uma prévia reflexão ética sobre as consequências das manipulações biológicas.

É justamente por ter conhecimento dos abusos que foram cometidas contra a humanidade, em termos de práticas seletivas, no transcorrer da história, que pensar em eugenia ou em neoeugenia causa perplexidade e preocupação em parte da sociedade atual. Sim, considerando os valores e princípios éticos da sociedade atual, é coerente que as novas possibilidades das tecnologias biomédicas reprodutivas causem um certo temor do que pode ser feito e do que estar por vir na “produção” da espécie humana.

Emilssen González de Cancino (2007, p. 265) questiona se realmente, na contemporaneidade, diante das tecnologias da Genética humana, seria possível falar em avanço ou retrocesso à eugenia clássica. Para o autor, estabelecer tal definição é tarefa demasiadamente complexa, tendo em vista ter que considerar uma compreensão totalizadora

da vida e dos homens, quando estes não envolvem apenas aspectos biológicos, das ciências naturais.

O autor faz concluir que as noções de “melhor” ou “pior”, de “progresso” e de “retrocesso” no desenvolvimento científico, perpassam por questões culturais, políticas, econômicas e, portanto, são relativizadas no tempo e no espaço. No que se refere à eugenia, seria preciso analisar a humanidade pós-moderna sob o prisma biológico, genético e dos valores éticos e morais para saber se as práticas eugenistas clássicas produziram indivíduos hierarquicamente superiores se comparados àqueles que não passaram por um processo seletivo.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 77-78) compartilha do pensamento de que as práticas eugênicas, relacionadas à procriação, de criação da vida humana, não podem ser dissociadas de fundamento e valores culturais, de aspectos econômicos, políticos e sociais, porém chama a atenção para o quanto pode ser prejudicial à humanidade a seleção de características e qualidades do ser humano, considerando os pressupostos éticos e normativos alcançados até o momento.

Essa ideia de avanço ou retrocesso da eugenia remonta ao que Jurgen Habermas (2006) denomina, em sua obra *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, da possibilidade da sociedade estar caminhando para uma eugenia liberal, o que será delineado nas próximas laudas.

A partir da compreensão do conceito e principais aspectos históricos da eugenia, será possível contextualizá-la e entender a neoeugenia no âmbito da biotecnologia reprodutiva, que interessa ao presente estudo. O recente desenvolvimento das técnicas seletivas envolvendo células germinais e embriões humanos, em sede de reprodução medicamente assistida, justifica o termo cunhado atualmente para designar a neoeugenia e diferenciá-la da eugenia clássica.

As condutas seletivas da sociedade pós-moderna fundamentam-se em práticas científicas, embasadas em discursos de saúde, prevenção e cura de doenças, em um direito e liberdade procriativa, gerando uma tarefa difícil a de certificar os limites entre o que seriam intervenções de caráter puramente terapêutico e intervenções para escolha injustificada de características, por mero capricho dos demandantes dos processos reprodutivos, ditos para aperfeiçoamento genético.

Como diz Carolina Lopes Caçado Campos (2008, p. 13) é preciso abordar a possibilidade de prevenção e cura de doenças com muito cuidado, haja vista a também

possibilidade de manipulação que venha a ofender a integridade do indivíduo e consequentemente da espécie humana, o que demonstra a existência de uma linha muito tênue entre as duas intervenções.

3.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS

Segundo Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 122-123), eugenia significa um conjunto de técnicas que possibilitam o “melhoramento” da espécie humana e este termo teria sido utilizado pela primeira vez pelo cientista britânico Francis Galton, no ano de 1883, para quem a eugenia representava o estudo dos agentes capazes de melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, seja sob aspectos físicos ou intelectuais. Ramiro Gonçalves Sales e Régis Luiz Jordão de Alcântara (2012, p. 898) conceituam a eugenia como utilização de técnicas seletivas em seres humanos, com base em postulados naturais, biológicos.

Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 123) ressaltam que Francis Galton foi o responsável pela sistematização da eugenia como prática científica para eliminação de características fenotípicas não desejáveis na humanidade, pois até então as práticas seletivas estavam fundamentadas em questões de cunho social, ideológico.

Deste modo o termo eugenia foi concebido como uma técnica científica de seleção de características físicas, mentais e de aptidões intelectuais, consideradas boas, desejáveis, que deveriam permanecer com o objetivo de melhorar a humanidade, mas, apesar do termo ter nascido associado a uma disciplina científica, as suas práticas não surgiram ou ficaram adstritas aos laboratórios e centros de pesquisa médico-científicos durante o transcorrer da história das sociedades humanas.

A eugenia já foi praticada sob diversas formas e fundamentada em variados critérios na história da humanidade. Não só a comunidade científica fez uso da técnica, mas os próprios indivíduos em suas relações interpessoais de domínio na sociedade e o Estado, através do seu poder coercitivo e autoritário, praticou segregações, proibiu e incentivou matrimônios e imigrações, fez esterilizações e uso de métodos contraceptivos de forma compulsória. Tudo em nome da saúde, bem estar e aprimoramento da espécie humana. Razões de origem religiosa, mística e fatores de ordem política, ideológica, econômica já foram critérios para a prática da eugenia.

Como explica Ana Thereza Meirelles (2014, p. 77) as práticas seletivas não estão adstritas às descobertas científicas da atualidade, muito pelo contrário, as escolhas que visavam o aperfeiçoamento e melhoramento da espécie humana são anteriores à construção da Ciência, demonstrando que a busca pelo ser humano perfeito já ocorria nas antigas civilizações.

Quando associada à questões de ordem religiosa, a eugenia poderia ser praticada evitando matrimônios entre membros da mesma família. Em algumas culturas da Antiguidade, estas uniões eram consideradas incestuosas e responsáveis pelo nascimento de filhos com deformidades congênicas, anomalias causadas pela transmissão de características genéticas entre parentes próximos, ainda que não houvesse estudo científico para comprovar, essa transmissão já era observada. Ana Thereza Meirelles (2014, p. 76) explica que as razões desta eugenia na Antiguidade estavam fundadas na crença religiosa de que, por exemplo, as relações incestuosas geravam filhos com má formação congênita por castigos divinos, pelo pecado cometido. Quando estas seleções não ocorriam previamente, evitando as uniões indesejadas e, por conseguinte, a gestação de crianças com deformidades, eram praticados infanticídios e abortos para evitar a manutenção de seres humanos com disformidades na sociedade.

Motivações também de origem política e ideológica, muitas vezes presentes nos Estados autoritários, fundamentaram as práticas eugênicas já no século XX, pois, como afirma Emilssen González de Cancino (2007, p. 268), a eugenia realizada através da esterilização de loucos, criminosos, inválidos e a seleção e restrições à imigração foram decisões de política de Estado, ou seja, exemplos de práticas seletivas decorrentes do exercício autoritário do poder estatal. Como não citar o nazismo de Adolf Hitler Alemanha, talvez o exemplo de práticas seletivas que mais repercutiu e consagrou negativamente o termo eugenia na história da humanidade. Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 123), ao falarem da expansão das práticas eugênicas, citam o extermínio de judeus pelas tropas de Hitler sob o argumento da criação de uma raça superior, qual seja, a raça ariana.

A sociedade brasileira igualmente não foi exceção em termos da utilização de práticas eugênicas. Conforme Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 123), por volta da década de 30, o país vivia uma situação precária na saúde pública e os eugenistas brasileiros atribuíram à degeneração hereditária a causa dos males da população. Desta forma, foram providenciadas segregações e esterilizações compulsórias a fim de se excluir e evitar a proliferação de indivíduos considerados doentes, indesejáveis para a sociedade brasileira.

O que se infere diante deste cenário é que a eugenia já era praticada no decorrer da história da humanidade, em diferentes civilizações, ainda que não fosse intitulada de eugenia, aliás o termo pouca importa neste caso, pois é uma questão apenas de nomenclatura. O que interessa salientar é que, mesmo sem respaldo científico, sem as bases do conhecimento da medicina genética e reprodutiva, as seleções objetivando a “perfeição”, o “aperfeiçoamento” da humanidade eram postas em prática das formas mais discriminatórias e cruéis. Emilssen González de Cancino (2007, p. 268) informa que como mecanismo de preservação das classes “melhor dotadas” e, portanto, superiores, esterilizava-se os loucos, criminosos e inválidos como forma sob o argumento de que mantê-los degeneraria a sociedade, sendo preciso evitar a reprodução e proliferação destes.

A partir dos avanços tecnológicos, das descobertas das novas técnicas, sobretudo da genética e da medicina reprodutiva, da fertilização *in vitro* e manipulação de células germinais humanas, vivencia-se uma nova fase da eugenia, a que é possível chamar de neoeugenia. Como explica Ana Thereza Meirelles (2014, p. 76) a eugenia é ao mesmo tempo contemporânea e histórica, numa alusão à prática que acompanha a humanidade até os dias atuais.

As ações eugênicas da contemporaneidade estão associadas à medicina reprodutiva e à genética, podendo, igualmente, se consubstanciar em práticas discriminatórias e tão nefastas para a humanidade quanto as que foram realizadas no passado, tendo agora um agravante que é a possibilidade de vê-las legitimadas sob o manto das finalidades terapêuticas e da autonomia dos futuros pais em ter os seus filhos. É possível conceber a eugenia em dois momentos históricos, o da eugenia clássica, tradicional, anterior às conquistas da biotecnologia, e o da neoeugenia, sendo esta relacionada às práticas da reprodução humana artificial.

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 130) apresenta definições voltadas às ciências naturais, mais especificamente à Genética, tendo em vista, na sociedade pós-moderna, estas condutas seletivas estarem mais associadas às manipulações de células germinais humanas nas técnicas de reprodução medicamente assistida. Para a autora a eugenia é concretizada com a manipulação dos gametas (óvulos e espermatozoides) e embriões humanos com o objetivo de aperfeiçoar a espécie humana, eliminando doenças transmitidas hereditariamente e selecionando características consideradas desejáveis, o que explica a classificação da eugenia em tipos, cuja conceituação será objeto do tópico seguinte.

A engenharia genética, a criação de embriões humanos para fins de pesquisa, os diagnósticos pré-implantacionais para modificação genética com fins terapêuticos, a clonagem reprodutiva, a seleção de características fenotípicas são possibilidades que se abrem para o que Jurgen Habermas (2006, p. 62) metaforicamente denomina de “desempenhar o papel de Deus” numa alusão ao que pode significar uma “auto-transformação da espécie”. Diante do que a medicina reprodutiva pode fazer na atualidade, Jurgen Habermas (2006, p. 61) levanta questionamentos como se seria compatível com a dignidade da vida humana a constituição de uma pessoa sob alguma condição genética e se seria possível dispor livremente da vida humana para fins eugênicos. O que poderia ser definido como neoeugenia, Habermas (2006, p. 65) já antevê como a iminência de uma eugenia liberal.

3.2 TIPOS: POSITIVA E NEGATIVA

A eugenia pode ser classificada em positiva e negativa. Ressaltando que independente de estar se falando de uma eugenia tradicional ou da neoeugenia, esta classificação se aplica a ambas, pois o que importa são as condutas e as finalidades. Salienta-se também que a separação em tipologias de positiva e negativa não guarda relação alguma com as definições de bom ou mau, respectivamente. As ações eugênicas positivas não significam que são condutas boas, bem como as ações seletivas classificadas como negativas não estão atreladas ao conceito do que é ruim. Estas designações referem-se ao que se deseja manter, ter e ser e o que se almeja evitar no genoma humano.

Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2006, p. 130) a eugenia negativa representa a utilização de medidas que evitam a transmissão de caracteres indesejáveis, principalmente de genes causadores de doenças, e a eugenia positiva se consubstancia nas ações voltadas a favorecer a transmissão de caracteres desejáveis, considerados os ideais para a constituição de um ser perfeito. Emilssen González de Cancino (2007, p. 269) distingue as tipologias dizendo que a eugenia positiva é o incentivo para que os genótipos desejáveis se reproduzam mais e a eugenia negativa atua nos genes menos desejáveis para que não permaneçam.

Normalmente a eugenia positiva está relacionada com a busca de aprimoramento da espécie humana a partir da prevalência de determinados caracteres físicos, mentais, de aptidões intelectuais, enquanto a eugenia negativa geralmente está condicionada a objetivos terapêuticos, de tratamento de doenças. Independente do que a biotecnologia possibilita que seja feito na contemporaneidade, em sede de reprodução humana artificial, com gametas e

embriões humanos, ambas as modalidades eugênicas já foram praticadas de outras formas que não as que envolvem manipulação de células estaminais humanas. Como exemplo da eugenia positiva, Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 124) abordam o estímulo a casamentos julgados convenientes para favorecer a transmissibilidade de determinadas características. Carolina Lopes Cançado Campos (2008, p. 4-5) apresenta como exemplos da eugenia negativa a esterilização compulsória, o aborto e o infanticídio como formas de proibir a perpetuação e permanência na sociedade de seres humanos considerados “imperfeitos”.

Em se tratando da eugenia, em sua forma positiva, é factível que esta se concretize através das possibilidades da fecundação artificial com a seleção de gametas e de embriões que possuam determinadas características, físicas e mentais (cor dos olhos, do cabelo, coeficiente de inteligência e aptidão para determinadas atividades profissionais), geralmente são características fenotípicas, para que sejam utilizados na procriação assistida, sendo que aqueles que não corresponderem às vontades demandantes serão descartados. A engenharia genética, a escolha intencional do doador das células germinais, nos procedimentos de reprodução heteróloga, a escolha injustificada do sexo do filho por mero capricho e a clonagem reprodutiva são procedimentos voltados à satisfação de um desejo eugênico, de natureza positiva, no sentido de perpetuar modelos de seres humanos considerados “perfeitos”, de acordo com as vontades individuais. Emilssen González de Cancino (2007, p. 299) adverte para o que a eugenia positiva pode fazer com os seres humanos que é a conversão das pessoas em instrumentos para atender às finalidades de outras pessoas, violando princípios éticos.

Em se tratando da eugenia em sua forma positiva, parece não restarem dúvidas quanto ao seu caráter reprovável, pois possui ideais racistas, estéticos, segregacionistas e tantos outros que variam dependendo da vontade dos interessados no projeto parental, como apregoa Ana Thereza Meirelles (2014, p. 85).

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 130) e Ana Thereza Meirelles (2014, p. 86) apontam que a eugenia em sua modalidade negativa está relacionada à prevenção de doenças e anomalias na espécie humana. Em virtude desta relação, a eugenia negativa é caracterizada como medida terapêutica de prevenção, cura e tratamento de patologias. Hoje é possível que a medicina reprodutiva realize o aconselhamento genético, a análise das células germinais femininas e masculinas antes da fecundação a fim de identificar patologias, bem como o diagnóstico genético pré-implantacional, em que, antes da implantação do embrião no útero

materno, podem ser identificadas determinadas doenças que justifiquem a não implantação e descarte do embrião.

Em virtude de apresentar, ao menos a priori, uma finalidade puramente terapêutica, a eugenia negativa contempla uma aparência de conduta louvável, altruísta, que busca a longevidade da vida, a saúde e a cura para as doenças da humanidade, sendo mais fácil a sua defesa e aceitação pela sociedade, porém, não se deve atribuir conceito e características tão simples assim, pois esta aparência pode esconder caprichos e discriminações tão perigosas e nefastas quanto o que a eugenia positiva é capaz.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 86) chama de eugenia de natureza mista a possibilidade do uso dos diagnósticos antes da concepção e pré-implantacional com o objetivo de descartar genes com patologias ou para buscar a permanência dos genes desejados, numa clara demonstração que estes procedimentos, ditos terapêuticos, para uma eugenia de caráter negativo, podem ser utilizados para práticas seletivas de natureza positiva, confundindo-se. Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 131) fala que alguns autores propõem como forma de evitar uma possível confusão das finalidades terapêuticas com as que buscam seres considerados perfeitos e aptos que análise nas intervenções no material genético humano recaiam sobre os objetivos buscados e não sobre os meios utilizados. Emilssen González de Cancino (2008, p. 285-286) igualmente parece concordar com esta forma de julgar se a ação é de natureza positiva ou negativa, quando afirma que é preciso observar os fins do procedimento médico e das escolhas dos pais nas técnicas de procriação humana assistida.

Se com relação à eugenia positiva não restam dúvidas quanto à repulsa dos seus objetivos, tamanha certeza não pode ser concluída das finalidades da eugenia negativa. Vários questionamentos se impõem. Carolina Lopes Cançado Campos (2008, p. 8) critica o diagnóstico de probabilidade de desenvolvimento de doenças em embriões humanos, pois, como não representa certeza absoluta e sim uma estimativa, o embrião humano já é condenado a não nascer por uma decisão baseada num prognóstico que pode vir a se concretizar ou não. Ademais, insta salientar que é necessário estabelecer, previamente, um rol das doenças ou anomalias que incapacitam ou inviabilizam a vida humana extrauterina ao ponto de justificar o descarte de um embrião antes da sua implantação no corpo materno, bem como quais as patologias congênitas que legitimam a seleção do sexo do futuro filho, caso contrário, estará sendo feita uma eugenia do aperfeiçoamento.

Jurgen Habermas (2006, p. 61) também faz uma reflexão sobre a eugenia terapêutica e a manipulação de embriões para fins de pesquisa, o que o autor denomina de

“consumo” de embriões, aludindo à produção dos mesmos para fins de criação e implantação de tecidos transplantáveis. Habermas (2006, p. 60) escreve que a fronteira entre as intervenções de caráter terapêutico e intervenções que visam o aperfeiçoamento genético é muita fluida, tênue, ficando ao alvedrio dos desejos individuais, dos “consumidores” a decisão sobre as escolhas, profetizando sobre o nascimento de uma eugenia liberal, a mercê da vontade dos pais.

Outros questionamentos surgem das reflexões sobre a eugenia terapêutica, tais como o nascimento de um filho para salvar a vida de outro filho, se essa prática, apesar de guardar uma finalidade altruísta, não estaria instrumentalizando o ser humano, a quem caberia e se seria possível que um terceiro decidisse sobre o direito de nascer, a identidade genética e as condições de vida de outro ser humano.

A tarefa do Direito não é fácil diante de postulados éticos, direitos fundamentais, princípios e valores de uma sociedade pluralista frente às descobertas e inovações da medicina reprodutiva, sobretudo da Genética, questões que envolvem dignidade, o início e o fim da vida humana, personalidade jurídica. Conforme Emilssen González de Cancino (2008, p. 305), a eugenia apresenta variadas faces que o jurista não pode conferir tratamento único e abstrato, ou seja, é necessária a ponderação de direitos e princípios no caso concreto, não pré-julgar direitos como absolutos, nem estabelecer uma ordem de importância entre eles ou entre os envolvidos.

3.3 NEOEUGENIA

Contemporaneamente, mais precisamente a partir do final do século XX, as condutas seletivas clássicas cedem espaço para uma nova forma de eugenia, com novos instrumentos, concretizadores dos ideais de melhoria da espécie humana. Segundo Sérgio Romeo Malanda (2004, p. 349), a eugenia é anterior à teoria genética propriamente dita e, os novos descobrimentos genéticos fazem ressurgir o pensamento eugênico com algumas distinções, sendo esta a neoeugenia. A eugenia tradicional, que perdurou até o fim da Segunda Guerra Mundial, se transforma na neoeugenia.

Como explica Ana Thereza Meirelles (2014, p. 104), no fim da década de 60 e início dos anos 70, a ciência médica viveu uma fase de ascensão em algumas disciplinas específicas, tais como a embriologia, a genética molecular e a bioquímica, tendo sido também um período de aprimoramento das técnicas de reprodução humana artificial, em especial a

fertilização *in vitro*, e é nesse cenário que se consolida a neoeugenia. Ainda segundo a autora (2014, p. 105), a neoeugenia está relacionada às formas contemporâneas de se realizar as escolhas seletivas, quais sejam através dos avanços da medicina e da biotecnologia.

Maria Rosário H. Sanchez Morales (2007, p. 245-246) cita o conhecimento da sequência e mapeamento do Genoma Humano, os diagnósticos genéticos, a terapia gênica e as técnicas de reprodução assistida como as formas de operacionalizar a biotecnologia no princípio do século XXI.

As práticas eugênicas, ou melhor, neoeugênicas, passam a se materializar neste século XXI, através das inovações e descobertas científicas, dos métodos da reprodução humana artificial e do conhecimento e intervenções no genoma humano. Com as experiências no genoma humano, associadas aos métodos procriativos artificiais, se perfaz a neoeugenia e esta adquire uma roupagem terapêutica, de busca pela satisfação de direitos reprodutivos e de saúde. Maria Rosário H. Sanchez Morales (ano, p. 263) afirma que a neoeugenia ressurgiu no período histórico em que a biotecnologia possibilita melhorar a saúde das pessoas.

No âmbito das técnicas da reprodução humana artificial, que constitui a área de atuação deste trabalho, a neoeugenia se realiza por meio dos instrumentos que a genética e a medicina reprodutiva disponibilizam. Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 125-126) identificam estes aludidos instrumentos como os diagnósticos pré-conceptivos, exames realizados no feto in útero e os diagnósticos pré-implantatórios.

Através destes procedimentos médicos e científicos, a neoeugenia anseia a formação e o nascimento de seres humanos livres de doenças e anomalias hereditárias. Ana Thereza Meirelles (2014, p. 105) escrevendo sobre os instrumentos da nova eugenia acrescenta o aconselhamento genético e a engenharia genética.

Mas a neoeugenia não está livre dos questionamentos que permeiam a eugenia e suas tipologias. Existem semelhanças e diferenças entre a eugenia e a neoeugenia. Que ambas constituem condutas seletivas, parece não haver dúvidas, porém, se utilizam de formas distintas de realização, em decorrência do próprio contexto histórico diferenciado que estão inseridas. A neoeugenia está inserida em um contexto de práticas médicas, biotecnológicas, enquanto a eugenia estava ambientada em ações de cunho muito mais social e político.

Outro aspecto a ser abordado na comparação entre a eugenia e neoeugenia diz respeito à quantidade de pessoas envolvidas nas práticas seletivas. Como mencionado por Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 125) se a eugenia tradicional contemplava muitas pessoas, na neoeugenia essa quantidade é reduzida para a esfera

individual das pessoas, permeadas pela relação médico-paciente que diz respeito à saúde de uma pessoa ou de um casal, quando se trata de desejos procriativos.

É com base neste ambiente de vida privada, de liberdades individuais, sob o argumento da autonomia privada que Jurgen Habermas (ano, p. 97) vê o caminhar da neoeugenia para uma eugenia liberal e questiona as eventuais consequências que essa autonomia dos autores dos projetos de reprodução humana artificial poderá ocasionar sobre a autonomia e autocompreensão da pessoa nascida sob uma programação terá de si.

Necessário ressaltar também que os efeitos da autonomia dos demandantes dos projetos parentais não recaem tão somente sobre as suas esferas de vida particular e de seus filhos. Uma eventual intervenção no genoma humano, feita para um indivíduo, pode interferir no patrimônio genético de toda humanidade, logo esse espaço de autonomia e vida particular não é tão privado assim quanto parece.

Inevitável ainda a necessidade de uma reflexão sobre uma possível intersecção entre as classificações positiva e negativa da eugenia, mesmo se tratando da neoeugenia. No momento em que gametas são identificados como portadores de patologias congênitas e são considerados imprestáveis para a fecundação ou mesmo embriões são diagnosticados como suscetíveis de desenvolverem uma determinada doença, não servindo aos fins da reprodução, está se operando uma eugenia positiva “às avessas”, pois a busca não deixa de ser por um ser humano ideal, “saudável”, “perfeito”. Há uma finalidade terapêutica prevalecente que não deixa de guardar um aspecto da eugenia positiva, sendo que para Habermas (2006, p. 60) a eugenia em sua forma negativa contempla finalidade justificada enquanto a positiva é inicialmente injustificada.

Mesmo os recursos da biomedicina terapêutica e reprodutiva, voltados a princípio ou aparentemente para a prevenção e cura de doenças, para a satisfação de vontades procriativas, podem esconder condutas neoeugênicas de natureza positiva, de busca de aperfeiçoamento da espécie humana com idealizações racistas e discriminatórias.

A engenharia genética e a clonagem são alguns instrumentos oriundos da biotecnologia, da Genética, possibilitados pelas técnicas da fertilização *in vitro*, que podem ser conformados para atender interesses de caráter aperfeiçoador. Estas podem ser denominadas de terapêuticas, por dizerem almejar um patrimônio genético livre de doenças, quando em verdade esconde intenções de aperfeiçoamento. É nesse ambiente complexo da biomedicina, das tecnologias da reprodução humana artificial que a neoeugenia, dita terapêutica, se concretiza.

3.3.1 Aconselhamento genético

O aconselhamento genético é um dos instrumentos viabilizadores das terapias genéticas em tempos de neoeugenia e permeia as relações entre médicos e pacientes na medicina preditiva e preventiva. Cristiano Guedes e Débora Diniz (2009, p. 248) conceituam o aconselhamento genético de uma forma simples e objetiva, porém, não menos compreensível, quando comparam-na a uma consulta médica em que as pessoas compareciam para conhecer as suas características genéticas ou de seus familiares. Segundo os autores esta prática nasceu nos Estados Unidos em 1947 como atendimentos médicos às famílias.

As pessoas buscavam conhecer certos traços e doenças que acometiam alguns indivíduos na família, queriam entender como essas informações genéticas eram passadas de pais para filhos e se repetiam por várias gerações. O almejado por essas famílias era justamente entender a transmissibilidade de algumas doenças e o que fazer para evitá-las. Já eram condutas eugênicas de natureza negativa, terapêutica.

Aitziber Emaldi-Cirión (2004, p. 63) conceitua o aconselhamento genético como uma ação médica, contemplada pelos serviços de saúde preditiva e preventiva, onde as pessoas, individualmente consideradas, casais ou indivíduos acompanhados dos seus parentes, se submetem à consultas em que o profissional médico, aconselhador, adverte sobre enfermidades hereditárias, genéticas e cromossômicas, os riscos de padecimento, de transmissão aos descendentes e as formas de evitá-las e amenizá-las.

Cristiano Guedes e Débora Diniz (2009, p. 248) explicam que atualmente o aconselhamento genético é considerado uma prática em saúde pública, um trabalho social realizado por médicos geneticistas que informam, aconselham e esclarecem sobre a possibilidade da perpetuação de determinados caracteres genéticos na família e a antecipação dos cuidados contra enfermidades que podem vir a aparecer no desenvolvimento do indivíduo.

Aitziber Emaldi-Cirión (2004, p. 64) pontua que o aconselhamento genético contempla a realização de exames, denominados de provas, que os pacientes se submetem a fim de identificar as enfermidades ou anomalias existentes ou passíveis de ocorrerem. Estas são as provas pré-conceptivas, provas pré-implantatórias, provas pré-natais e provas pós-natais.

Os exames pré-natais, que também constituem forma de aconselhamento genético, são mais corriqueiros e popularmente mais conhecidos como assunto de saúde pública e são comuns no conjunto de exames a que devem ser submetidas as mulheres durante o período gestacional.

Selmo Geber (2004, p. 303) esclarece que as técnicas da reprodução humana artificial, associadas aos métodos da genética molecular, permitiram a identificação de doenças geneticamente transmissíveis de forma tão precoce que antes mesmo da implantação dos embriões no útero materno é feita uma seleção dos que estão saudáveis e aptos a um desenvolvimento gestacional sem o risco de doenças, o que anteriormente só era possível saber no exame pré-natal, quando o feto já estava em seu desenvolvimento intra uterino e que poucas ou nenhuma eram as possibilidades de reversão.

O aconselhamento genético da era técnico-científica, da medicina reprodutiva e da genética, suscita questões como a relação médico-paciente, a responsabilidade civil do médico por eventual dano causado ao paciente, se esta é uma relação contratual, de consumo. Obviamente que a intenção aqui não é fazer uma análise desta relação nos termos da responsabilidade civil, ainda que também diga respeito ao aconselhamento genético. Interessa neste trabalho as consequências em termos genéticos da prática do aconselhamento para o indivíduo que se submete aos exames e as possíveis consequências para a humanidade.

Os exames de aconselhamento genético relacionados às técnicas da reprodução assistida estão mais voltados para os diagnósticos pré-conceptivos e pré-implantacionais. No caso dos diagnósticos pré-conceptivos é feita a análise das células reprodutoras masculinas e femininas com a finalidade de diagnosticar doenças passíveis de serem transmitidas aos descendentes. Medidas eugênicas negativas que podem ser adotadas quando diagnosticada a presença ou possibilidade de desenvolvimento da enfermidade ou anomalia são o recurso à inseminação artificial heteróloga e, em caso de doença ligada ao gênero, a seleção do sexo do futuro filho.

Dois premissas básicas na utilização do aconselhamento genético são apontadas por Ana Thereza Meirelles (2014, p. 137) quais sejam o princípio da neutralidade moral como dever do aconselhador e o respeito à autonomia do paciente. O profissional médico que exerce a função de aconselhador não deve deixar que suas convicções e valorações pessoais interfiram na decisão do indivíduo diante dos resultados dos exames. Se deve procriar ou não, se recorrerá a algum método específico de procriação, se deverá submeter-se à tratamento preventivo ou não são decisões que competem ao paciente. A obrigação do médico nessa

relação deve estar adstrita à prestar as devidas informações a respeito do histórico genético do indivíduo e suas decorrências.

Outras questões são suscitadas do método do aconselhamento genético. Aitziber Emaldi-Cirión (2004, p. 116) afirma a importância sobre o sigilo dos dados médicos e genéticos dos pacientes que são do conhecimento do médico geneticista aconselhador em virtude da disseminação destas informações genéticas e biológicas sobre os indivíduos, de forma irresponsável, poder causar graves problemas de determinismo social, discriminações e estigmatizações.

Maria de Fátima Freire de Sá e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (ano, p. 137) advertem para o “direito à não-discriminação genética”. A problemática reside na utilização destes dados genéticos de forma indiscriminada como condicionantes de negócios jurídicos como contratos com seguradoras de saúde e contratos de trabalho, o que acarretaria situações de desigualdade sem justificativas, embasadas em um determinismo e reducionismo em que o ser humano valeria apenas pela sua constituição genética. Uma conduta com finalidade aparentemente terapêutica, podendo ser utilizada para fins de aperfeiçoamento.

3.3.2 Diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI)

Como afirma Selmo Geber (2004, p. 301), a partir do progresso da Genética, dos métodos de reprodução humana artificial, em especial da fertilização *in vitro*, com a capacidade de manutenção de embriões humanos criopreservados em laboratório e com o avanço no conhecimento do desenvolvimento embrionário, se desenvolveram também métodos de diagnósticos cada vez mais precisos.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (ano, p. 208), o diagnóstico genético pré-implantacional é um exame de natureza preventiva, realizado em embriões, gerados por métodos de reprodução humana artificial, antes da implantação no útero materno, com a finalidade de diagnóstico de anomalias graves.

Maria Rosário H. Sanchez Morales (ano, p. 251) denomina este método de diagnóstico pré-implantacional, de diagnóstico pré-natal, podendo este ser realizado tanto em embriões, gerados através dos procedimentos de reprodução assistida, quanto em fetos, permitindo que se conheça antes do nascimento se o indivíduo será acometido por doenças ou possui predisposição para contraí-las.

É pertinente que seja feita apenas uma ressalva para que não ocorram confusões de ordem terminológica. O DGPI, apesar de constituir um método de diagnóstico de patologias antes do nascimento, não se confunde com os exames pré-natais em sentido estrito, pois estes são realizados no feto, ou seja, quando o mesmo já encontra-se no útero materno, enquanto o DGPI é realizado em células embrionárias, antes da implantação do embrião no ventre da receptora.

Selmo Geber (2005, p. 305) demonstra a distinção existente entre ambos os métodos quando diz que o DGPI é o método mais adequado, viável e menos traumático para a identificação de doenças, haja vista o exame pré-natal identificar a presença de uma enfermidade no feto e, confirmando o acometimento fetal, a única opção será a interrupção da gestação, muito mais sofrível e traumática para os progenitores.

Sem dúvida o DGPI se consubstancia numa prática avançada de detecção e prevenção de doenças hereditárias que a fertilização *in vitro* aliada à Genética, proporciona aos desejosos de concretizarem o projeto parental.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 138) relaciona as distintas finalidades que podem ser satisfeitas através do DGPI, quais sejam a finalidade terapêutica, de aperfeiçoamento e de seleção de sexo.

A finalidade terapêutica é que consolida o DGPI como mecanismo essencial às técnicas de reprodução medicamente assistida. Esta pode ser utilizada em prol do nascimento de filhos saudáveis, livres de patologias consideradas graves ou em benefício de terceiro. O DGPI está previsto na Resolução 2.121 de 2015 e, ao que parece, está voltado apenas à finalidade terapêutica, apesar da Resolução não ser clara neste aspecto. É uma prática lícita no Brasil, porém, carecedora de uma normatização jurídica, como tudo que está relacionado à reprodução humana artificial.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 209) identificam que pessoas portadoras de alterações genéticas transmissíveis à prole, que podem causar doenças graves ou até a morte prematura dos filhos, são legitimados a se submeterem ao diagnóstico genético pré-implantacional. Porém, o DGPI é um método de manipulação genética, mais precisamente de diagnóstico, que já funciona como uma etapa do processo de fecundação artificial, independentemente das condições e histórico genético dos futuros pais.

Ainda no que diz respeito à finalidade terapêutica, o DGPI pode ser utilizado como recurso para cura ou tratamento de um terceiro, cujo projeto parental só existe em decorrência e para atender a um benefício deste. Neste caso, a produção de embriões será

destinada unicamente a beneficiar terapeuticamente outro ser humano. O DGPI é realizado a fim de selecionar os embriões que guardam compatibilidade com o enfermo.

Apesar desta finalidade de busca da prevenção e cura de enfermidades graves que acometem a humanidade e, portanto, de um aparente benefício à espécie humana, o método de diagnóstico suscita questionamentos e temores. Algumas destas indagações estão atreladas aos conceitos de enfermidade, de doença grave, de inviabilidade, sem falar nos aspectos éticos e jurídicos que envolvem a produção e descarte de embriões humanos realizados no DGPI. Ramiro Gonçalves Sales e Régis Luiz Jordão de Alcântara (2012, p. 896) questionando as práticas seletivas em sede de diagnósticos em embriões dizem que não é possível julgar um ser humano apenas pelo seu patrimônio genético, sem considerar a influência que as condições de vida e o meio ambiente exercem sobre a formação do indivíduo, sendo que qualquer valoração da vida humana implica na sua “coisificação”.

As demais condutas, passíveis de serem postas em prática através do DGPI, podem ser mais facilmente combatidas se constatada a ausência de finalidades terapêuticas. Como adverte Ana Thereza Meirelles (2014, p. 155), o DGPI surgiu como mecanismo para evitar a transmissão de enfermidades congênicas, porém seu uso pode estar atrelado a outros objetivos.

No que diz respeito à finalidade aperfeiçoadora, de uma eugenia positiva, Jurgen Habermas (2006, p. 62) afirma que atualmente se torna difícil estabelecer no DGPI a fronteira entre a seleção de fatores hereditários indesejados e a permanência de características desejadas. Corroborando com esta reflexão sobre a linha tênue que separa as finalidades, Ana Thereza Meirelles (2014, p. 155) diz que a finalidade de melhoramento da espécie humana tanto pode ser consubstanciada na escolha das características físicas e psíquicas, quanto no descarte dos embriões por diagnosticar que são possuidores de patologias.

Outra possibilidade em sede do DGPI é a seleção de sexo. Com relação a esta a Resolução 2.121/2015 do CFM adverte em seu item I, como princípio geral, que a escolha do sexo do futuro filho apenas pode estar atrelada à finalidade terapêutica de evitar doenças relacionadas ao gênero.

Admitir a seleção de sexo não terapêutica representaria certamente o retrocesso às condutas eugênicas tradicionais e, nas palavras de Ana Thereza Meirelles (2014, p. 160): “A admissibilidade dela planta a discussão sobre questões como discriminação e eugenia, desequilíbrio demográfico e frustrações do casal em caso de erro na seleção embrionária”.

O temor que o exame do diagnóstico genético pré-implantacional encerra em si é expressado pela doutrina em uma demonstração do receio que estas atuações podem ocasionar ao futuro da humanidade.

Maria Rosário H. Sanchez Morales (2007, p. 254) diz que a sociedade dispõe de uma nova forma de segregação, fundamentada no patrimônio genético e que representaria uma nova forma de eugenia pautada na ciência. Selmo Geber (2004, p. 306) igualmente teme que o DGPI represente um caminho de retorno à eugenia clássica, pois, segundo o autor, a linha divisória que separa o DGPI das condutas seletivas de características biológicas é muito tênue.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 211) ressaltam que o DGPI é uma forma de manipulação genética colocada a serviço dos pais, a atender ideais de concepção de um filho perfeito e não como meio de tratamento deste. Concluem os autores que se a manipulação genética possibilita evitar uma doença hereditária e esta seria uma boa ação, o problema é separar o que é bom do que é ruim.

3.3.3 A proibição da engenharia genética e da clonagem como formas de coibir a neoeugenia

Tanto a engenharia genética quanto a clonagem são também possibilidades do século XXI proporcionadas pelo desenvolvimento da biotecnologia e dos métodos da medicina reprodutiva.

A Lei de Biossegurança, apesar de não ser lei voltada para a normatização da reprodução humana artificial, das condutas da biomedicina e da genética, apresenta conceito para a engenharia genética e a tipifica como conduta criminosa.

O conceito conferido pelo legislador de 2005 requer do intérprete, leigo no assunto, um esforço maior e um conhecimento, ainda que superficial em Genética, para compreender em que consistem as atividades da engenharia genética e a natureza destas.

O artigo 3, inciso IV, da Lei conceitua a engenharia genética como atividade de produção e manipulação do ADN/ARN, sendo estes, nas palavras de Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 114) a “unidade básica da hereditariedade, a chave para a identificação genética de um indivíduo”.

Esta definição jurídica da engenharia genética não esclarece o que de fato é uma prática de engenharia genética, ao contrário, apresenta termos específicos da biologia molecular e outros que causam confusão.

A fim de precisar o conceito de engenharia genética, interessa distingui-la da manipulação genética. Apesar da definição legal, dizer que engenharia genética é atividade de manipulação, estas não se confundem. Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 113), a engenharia genética está intimamente relacionada à manipulação genética, porém, o alcance desta é mais abrangente e por isso nem todas as práticas em sede de manipulação genética representam ações de engenharia. É como se a manipulação fosse um conjunto maior em que neste estão contidas várias técnicas de manuseio de células germinais humanas, zigotos, embriões, entre elas a engenharia.

Nesta esteira, Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 122) diz que para que ocorra a prática de engenharia genética é necessário que haja a alteração dos genes, a modificação do patrimônio genético hereditário do indivíduo e a expressão “manipulação” só corresponderá à engenharia genética se houver essa modificação na estrutura dos genes.

A Lei 11.105 de 2005 proíbe e criminaliza em seu artigo 25 a engenharia genética realizada em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano, com vistas a garantir que as células estaminais, bem como que as etapas mais tenras do processo de desenvolvimento biológico do ser humano não sofram alterações na identidade genética.

Como acentua Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 126), o objetivo da Lei é assegurar a proteção ao bem jurídico genoma humano, resguardando a sua inalterabilidade, o que guarda consonância com o direito constitucional de preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País.

De outro modo, a mesma Lei, em seu artigo 5º, permite a utilização de células-tronco embrionárias, advindas de embriões humanos não utilizados na reprodução assistida, para fins de pesquisa e terapia sem contudo esclarecer o que de fato é permitido fazer na manipulação destas células.

Diante do bem jurídico que a Lei objetiva proteger, Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 126-127) afirma que é preciso analisar a finalidade no uso destas células germinais e embrionárias se, ainda que sofram alteração em seu código genético, forem utilizadas para fins de investigação, terapias e pesquisas, não haverá o crime previsto no artigo 25. Porém, se a manipulação, que implique em alteração do patrimônio genético, visar a reprodução, a constituição de um novo indivíduo “pré-fabricado”, com configurações idealizadas,

considera-se praticada a engenharia genética e, portanto, haverá a figura delitiva do artigo 25 da Lei de Biossegurança.

A clonagem, assim como a engenharia genética, também tem a sua previsão como conduta criminosa na Lei de Biossegurança. O tipo está descrito no artigo 26 como clonagem humana, sem, no entanto, explicar o significado e alcance do termo.

No artigo 3, incisos VIII, IX e X, são dados os conceitos de clonagem, clonagem para fins reprodutivos e clonagem terapêutica respectivamente. O artigo 6 proíbe a clonagem humana para depois, no artigo 26 criminalizá-la, sem contudo, especificar a qual espécie de clonagem está se referindo.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 230) concluem que essa proibição se refere a qualquer tipo de clonagem, seja reprodutiva ou terapêutica, já que não há especificação. Para Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 139), o tipo penal não contempla a clonagem terapêutica, mas só a clonagem tipificada nos incisos VIII e IX, pois podem levar à obtenção de um ser humano como resultado.

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 140) conceitua a clonagem em sentido amplo como sendo “as técnicas de duplicação utilizadas em genes, células, tecidos, órgãos e seres vivos, inclusive o conjunto de células geneticamente idênticas derivadas por mitose de uma única célula original”. Em sentido estrito a autora define a clonagem como a “geração de indivíduo geneticamente idêntico a outro”. A autora faz ainda a distinção entre clonagem terapêutica e clonagem reprodutiva alertando que mesmo na clonagem não reprodutiva existe a geração de outro ser, pois, é imprescindível para o sucesso da técnica terapêutica que seja gerado um embrião *in vitro* a partir da clonagem de outro embrião para que sejam extraídas as células-tronco embrionárias que se transformarão em futuros tecidos e órgãos. Assim, o que diferencia as espécies de clonagem são as finalidades para as quais esses embriões são gerados e não os meios utilizados.

Se para finalidade terapêutica, de produção de órgãos e tecidos que servirão a várias pessoas que esperam por transplantes, ou com o objetivo de fazer nascer outro indivíduo, há a repetição de um modelo desejado. Ambas as modalidades de clonagem levantam questionamentos científicos, éticos, religiosos e jurídicos que evidenciam posicionamentos contrários e favoráveis à clonagem humana.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 233) ressaltam alguns perigos oriundos da clonagem reprodutiva, entre eles destacam-se o da eugenia positiva e o do empobrecimento do genoma humano. Quanto à eugenia positiva esta

se concretiza na clonagem através da busca da repetição de modelos, almejando a perpetuação de características fenotípicas e psíquicas. No que concerne ao patrimônio genético da humanidade, a clonagem reprodutiva contraria a preservação da diversidade do genoma da espécie humana, criando indivíduos idênticos geneticamente.

Segundo Heloisa Helena Barboza (2007, p. 187), o debate acerca da clonagem reprodutiva está centrado na criação de um ser humano geneticamente idêntico a outro já existente, ou seja, o que se discute não é a técnica, mas os seus efeitos. Argumentos favoráveis à clonagem reprodutiva são mencionados por Heloisa Helena Barboza (2007, p. 184) como a liberdade de procriação de cada pessoa, além da criança estar livre de muitas doenças hereditárias.

A clonagem terapêutica, apesar de guardar uma aparência altruísta, de solidariedade, apresenta, semelhantemente, posicionamentos díspares com relação a sua prática. Como justificativa contrária à clonagem terapêutica é possível citar a instrumentalização do ser humano, quando embriões são gerados com o propósito de formar órgãos e tecidos para cura e tratamento de doenças. Marcus Duwell (2007, p. 338) suscita também a possibilidade de alegar a instrumentalização do corpo feminino, já que uma vez a clonagem terapêutica, tornando-se prática regular e usual, seria necessária a disposição de óvulos em grandes quantidades, portanto, seria preciso uma doação regular de óvulos, o que implicaria em intervenções no corpo da mulher para obtenção desses óvulos.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 239) fazem objeções à clonagem terapêutica que referem-se à coisificação do embrião humano, criado com finalidade diversa da procriação. Os autores enfatizam que as pesquisas com células-tronco devem se dar com células adultas, de pessoas já nascidas que possam doar, e com embriões, quando estes forem excedentes da reprodução assistida, constatando que este tipo de clonagem não é um procedimento necessário, que não existam outras alternativas.

Heloisa Helena Barboza (2007, p. 192) questiona o pensamento dos autores supracitados quando argumenta que como poderia haver instrumentalização ou coisificação do ser humano em tal prática de clonagem terapêutica, quando se admite a geração de uma criança através das técnicas de reprodução assistida para salvar a vida de um irmão.

Para Selmo Geber (2004, p. 306), a clonagem de indivíduos (clonagem reprodutiva) não representa benefício algum para a humanidade, representa sim o caminho para a eugenia, enquanto a clonagem de órgãos para transplante (clonagem terapêutica) representa um enorme potencial de benefício para a humanidade.

Posicionamentos opostos e as dúvidas sobre o alcance da técnica de clonagem humana somente revelam que o debate a respeito desta tecnologia de manipulação genética está longe de um consenso e que ainda há muito desconhecimento e insegurança. As reais possibilidades dessa inovação da Ciência Genética e da biologia molecular ainda são desconhecidas da humanidade.

Marcus Duwell (2007, p. 336) adverte para a imprecisão da dicotomia terminológica entre “clonagem reprodutiva” e “clonagem terapêutica”, como se todas as reais possibilidades e objetivos de cada técnica já fossem plenamente conhecidas e comprovadas, para assumir que umas sejam reprováveis e outras moralmente aceitáveis.

Talvez pelo medo, por desconhecer as reais potencialidades das tecnologias médicas, ainda seja muito difícil para a ética, a bioética, a biomedicina, o direito e outros setores da sociedade precisar o que deve ou não ser feito em termos de medicina reprodutiva e manipulação genética. Segundo Marcus Duwell (2007, p. 334) tanto para a clonagem como para outras tecnologias que estão em desenvolvimento, é difícil ou mesmo impossível analisar e fazer um julgamento de valor sobre os seus aspectos. É difícil mesmo estabelecer critérios éticos diante de perspectivas ainda não conhecidas.

O temível sob o ponto de vista ético e dos princípios alcançados na ordem jurídica é o retrocesso às práticas eugênicas clássicas, agora sob a designação de neoeugenia. Nesse ambiente de desconhecimento e incertezas, reage-se da forma mais comum, o que parece ter uma finalidade que traga benefícios é eticamente aceitável, ao contrário, o que aparenta ser prejudicial ou sem finalidade prática, é condenável.

Diante dos conceitos apresentados pela doutrina, já é possível vislumbrar algumas possibilidades proporcionadas pela biotecnologia genética. Ainda que seja desconhecido da sociedade, o verdadeiro alcance do que as técnicas da engenharia genética e da clonagem podem fazer com o patrimônio genético da humanidade, é cediço que estas condutas de manipulação de células germinativas e embrionárias, conseguem interferir no genoma humano, seja alterando a sua natural configuração ou permitindo a repetição de padrões genéticos para atender interesses particulares.

Conduzidas e protegidas pelos avanços científicos e descobertas da biomedicina, sobretudo na área da Genética, a engenharia e a clonagem vão se consolidando como métodos relacionados à busca da saúde através da cura e prevenção de doenças, porém, dependendo da finalidade perseguida, atentam contra a vida, a saúde, a dignidade, a autonomia e igualdade dos indivíduos. Mas, talvez o maior efeito devastador das aludidas técnicas de manipulação

genética, está relacionado à alteração do patrimônio genético de toda humanidade, pois que estas condutas seletivas, que determinam padrões de “perfeição” e “melhoramento” ameaçam justamente a integridade e a diversidade do patrimônio genético e a própria sobrevivência da espécie humana. Tanto a engenharia genética quanto a clonagem podem guardar um potencial eugênico devastador para a humanidade e se transformarem na neoeugenia do século XXI, gerando uma sociedade de discriminações e segregações.

4 VIDA, DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

Talvez estejam reunidos neste capítulo os temas que suscitam as maiores controvérsias em termos de direitos fundamentais e direitos da personalidade na ordem jurídica vigente. A própria dificuldade em conceituar o direito à vida ou o seu marco inicial para reconhecimento de proteção, o princípio da dignidade humana e o princípio da autonomia privada, os tornam objetos de discussões divergentes, ressaltando que não há aqui a pretensão de aprofundar, esgotar ou atribuir definições definitivas aos referidos temas.

Normalmente os ordenamentos jurídicos constroem, no decorrer da história, uma escala de direitos, princípios e valores que julgam fundamentais para manutenção de uma convivência harmônica e da ordem social. Nesta escala, os direitos são hierarquizados e acabam se sobrepondo uns aos outros, sendo difícil considerar a relativização ou disponibilidade dos que ocupam as posições superiores. Os princípios são considerados normas fundamentais, em que se assenta o ordenamento, e por isso é ainda mais difícil admitir alguma disposição destes. Diogo Luna Moureira (2007, p. 107) diz que precipuamente não existem normas que prevejam direitos universais, inatos, inalienáveis, as normas preconizam bens elegíveis numa dada sociedade, ou seja, os direitos são uma construção histórica, cultural e social, não havendo o que se falar em direitos absolutos e naturais.

Assim não é diferente com os direitos da personalidade, ao menos para a doutrina que defende possíveis disponibilizações como para a autora Roxana Borges (2005, p. 119-120) ao afirmar que a titularidade do direito de personalidade, essa sim é intransmissível e irrenunciável, não podendo ser separada do seu titular original, porém, de outro modo, o uso do direito de personalidade pode ser cedido, ser objeto de comércio jurídico com as devidas limitações. Mesmo com algumas resistências é mais facilmente reconhecida a disponibilidade, ainda que relativa, de alguns direitos civis, como, por exemplo, o direito à imagem, privacidade e do direito ao próprio corpo, entretanto há uma resistência maior em admitir a disponibilidade do direito à vida. Esta dificuldade é influenciada por questões ideológicas, históricas, culturais e religiosas e remete à ideia da hierarquização de direitos na ordem jurídica. Igualmente difícil mostra-se delimitar o marco inicial de aquisição do direito à vida para que seja possível defendê-lo.

No que diz respeito ao princípio da dignidade humana, a dificuldade está em determinar a sua definição, pois, contrariamente ao que ocorre com o direito à vida, é da sua natureza a relatividade e subjetividade. A dignidade da pessoa humana é princípio

constitucional e fundamental do Estado Democrático de Direito, elemento justificante de todas as atuações do Poder Público, consagrado como qualidade intrínseca a todos os indivíduos, mas, que, ao mesmo tempo, expressa enorme subjetividade em virtude de uma sociedade constituída pela pluralidade existencial que contempla diversos projetos de vida.

A autonomia privada, princípio do Direito Civil, guarda uma relação umbilical com os direitos da personalidade e com a dignidade humana, podendo mesmo ser elemento de concretude de ambos, mas que não foge às controvertidas opiniões doutrinárias no que se refere ao exercício das liberdades humanas. Até mesmo a história da construção e do significado atual do princípio da autonomia privada, evidencia as suas várias facetas interpretativas.

Desta forma passa-se à análise do direito à vida e dos princípios da dignidade humana e da autonomia privada e vê-se que os três estão interligados.

4.1 O INÍCIO DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Abordar a temática de quando se inicia a vida humana ou do direito à vida é sempre polêmico, cercado de opiniões e teorias divergentes. Envolve questões éticas, jurídicas, filosóficas, religiosas e biológicas. Faz-se necessário estabelecer uma interdisciplinaridade entre estas áreas do conhecimento científico e outras, tais como a ética e a filosofia. Para cada ciência existe um entendimento e uma necessidade, a partir das suas próprias premissas, para justificar qual seria o marco inicial da vida e é justamente esta diversidade de conceitos que causa tantas divergências. Talvez, somente a partir da confluência e busca do equilíbrio entre as explicações das diversas áreas do conhecimento envolvidas, seja possível encontrar o justo meio e assim entender o momento inicial da vida humana, conferindo-lhe a proteção adequada.

Segundo Heloisa Helena Barbosa (2004, p. 249), diante da dúvida quanto ao início da vida embrionária, suscitada pelos fatos científicos da atualidade, se retoma a discussão de quando se inicia a vida ou o surgimento do ser humano. Assevera Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 79) que o desenvolvimento da biologia, da medicina e das novas formas de concepção do ser humano, tornaram necessário o debate para esclarecimento e compreensão da natureza do embrião como integrante da espécie humana, bem como do momento em se inicia a vida.

Na ordem jurídica vigente é conferida proteção constitucional à vida humana e a lei civil a classifica como direito da personalidade. Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 165) enfatiza que além do artigo 5 da CF/1988, que assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, essa proteção está prevista em outros dispositivos constitucionais, tais como o artigo 196, através do direito à saúde, o artigo 230, na proteção aos idosos entre outros.

Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 70) afirma que a vida é considerada no sistema jurídico como direito básico do ser humano, cuja proteção é a própria razão de existir do Direito, e constitui condição para a fruição dos demais direitos. A autora menciona que o direito à vida seria um direito absoluto, de tamanha importância, que nem mesmo o seu titular poderia dispor, já que traduz-se num “direito à vida” e não “direito sobre a vida”, e nas palavras de Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 169): “A vida exige respeito do próprio titular”. Porém, este reconhecimento não é suficiente para dirimir as divergências quanto ao momento em que se começou a proteger a vida juridicamente. Ao contrário, permite a suscitação de novas dúvidas.

Existem diferentes teorias que buscam explicar quando se inicia a vida humana. Ana Thereza Meirelles (2014, p. 119) destaca as teorias concepcionista, as teorias médicas e a teoria da potencialidade.

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 91) explica que para a teoria concepcionista o início do ciclo vital ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e a partir deste momento já existe um indivíduo detentor de um código genético próprio. As teorias médicas ou desenvolvimentistas partem de critérios de desenvolvimento ou complexidade de formação das células que compõem o corpo humano. Segundo Ana Thereza Meirelles (2014, p. 124-125) nesta categoria estão contempladas diversas teorias que ora explicam o início da vida a partir do desenvolvimento neurológico (início da atividade cerebral), ora condicionam a existência da vida a partir da implantação do embrião no ventre materno (nidação), que confere a este a capacidade de se desenvolver, o que demonstra que mesmo no seio da comunidade médica não existe um consenso sobre o marco inicial da vida. Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 138) diz que, para a teoria da potencialidade existe, desde o momento da concepção, as condições necessárias para o completo desenvolvimento biológico do indivíduo, o que não significa que se este ser se tornará pessoa, porém possui uma potencialidade para tanto.

Segundo Heloisa Helena Barbosa (2004, p. 250) existem três teorias, que a mesma considera fundamentais na doutrina brasileira, para explicar o início da personalidade, o

reconhecimento do status de pessoa. São elas a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. Para a autora, a teoria da personalidade condicional defende que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida. A teoria concepcionista considera o início do reconhecimento do status de pessoa com a concepção e a teoria natalista confere o status de pessoa a partir do nascimento com vida.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 119) faz uma ressalva importante entre os dois grupos de teorias. A autora aponta que as teorias que explicam o início da vida humana não se confundem com as teorias para determinação do início da personalidade humana. Esta comparação pode ser causa de algumas confusões feitas à luz do que preceitua o ordenamento jurídico pátrio sobre o início da personalidade civil.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista para explicar o momento da aquisição da personalidade civil, conforme afirma o Ministro Carlos Ayres de Britto em seu voto, proferido no julgamento da ADI número 3.510-0/2005, ao interpretar o artigo 2º do CC de 2002, onde se lê: “Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da concepcionista)”. Em outra passagem do seu voto, o Ministro Carlos Ayres de Britto volta a enfatizar o marco para início e término da personalidade civil: “[...]vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral[...]”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 28) afirma que juridicamente a interpretação feita do artigo 2 do CC/2002 é que a vida se inicia com a concepção, apesar de afirmar que este entendimento encontra opositores na doutrina. Deste modo, é pertinente conceber que o artigo 2 do CC/2002 utiliza a teoria natalista para estabelecer o momento de aquisição da personalidade jurídica, qual seja o nascimento com vida, mas reconhece, se não a existência de vida, o momento da concepção como justificador de alguma proteção a ser conferida ao ser em desenvolvimento.

A crítica que se mostra plausível é no que concerne à interpretação que é dada à teoria natalista, adotada pelo Direito, como se esta explicasse o momento de início da vida humana quando em verdade a sua finalidade no ordenamento jurídico é precisar o marco para aquisição do status de pessoa. Apenas a partir da interpretação desta teoria não é possível concluir quando se inicia a vida humana, mas quando se adquire o status de pessoa humana para o ordenamento jurídico, o que são conceitos diversos que explicam situações igualmente

diversas. Carlos Ayres de Brito conclui que o início da vida humana só pode coincidir com o instante da fecundação e que esse início da vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física.

O Ministro Carlos Ayres de Brito afirma também em seu voto que: “[...]a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal”. Analisando a frase do célebre Ministro conclui-se que não poderia mesmo o Constituinte originário de 1988 dizer quando começa a vida humana, pois não é da sua competência estabelecer critérios de início e término da vida. O que se mostra possível e necessário, posto ser da competência da ciência jurídica, já é feito com o estabelecimento de um marco inicial para o reconhecimento da existência do ser humano enquanto pessoa, desvinculado, independente do ventre materno, capaz de interagir e estabelecer relações sociais, de manifestar a sua vontade, que necessita ter os seus direitos protegidos de forma absoluta, ou seja, *erga omnes*, nas dimensões positiva e negativa, perante os demais indivíduos e o Poder Estatal, a fim de proporcionar a existência de uma sociedade democrática.

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 49) corrobora este pensamento dizendo que o Direito necessita fixar um termo inicial a partir do qual seja possível caracterizar a existência de uma pessoa e determinar o âmbito de aquisição e perda de direitos, então é do nascimento com vida que se atribui personalidade jurídica. A partir do nascimento com vida, o ser humano adquire uma existência individualizada, torna-se pessoa, ocorre aquisição da personalidade jurídica e passa a titularizar direitos e deveres.

Diante das inovações e desenvolvimentos biotecnológicos, da Genética e da medicina reprodutiva, é imperioso procurar entender a situação dos embriões humanos, oriundos das fertilizações *in vitro*, para que estes sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico e conformadas as bases da proteção a este estágio do desenvolvimento humano. Conforme afirma Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 54), o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana artificial, a possibilidade da ocorrência da fecundação extra-uterina, realidades inexistentes quando da elaboração das atuais leis e conformação do sistema jurídico, fez com que o Direito retomasse o debate acerca do início da vida, haja vista a necessidade de regulamentação da situação dos embriões humanos extracorpóreos, excedentes dos métodos de reprodução assistida e criopreservados em laboratório.

A falta de previsão normativa para os embriões em situação extracorpórea é perfeitamente explicada pelo momento histórico em que a Carta Magna de 1988 e o CC/2002

foram idealizados e promulgados. A reprodução medicamente assistida era muito tímida, não representava a realidade social da atualidade, a ciência não havia avançado como hoje, possibilitando técnicas genéticas cada vez mais invasivas e ousadas em termos de criação e desenvolvimento de seres humanos. Então, quando a lei civil cita o termo nascituro está a pensar no método de reprodução humana convencional, da conjunção carnal, daquele cujo desenvolvimento embrionário já se inicia em ambiente *in vivo*, no ventre materno, possuindo não só a potencialidade de nascer, mas as condições ditas necessárias pela medicina para o nascimento. Por isso ficam as lacunas e dúvidas quanto à proteção dispensada ao embrião humano extracorpóreo.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 252) alerta para o fato de que, apesar do Código Civil ter sido promulgado em 2002, o seu projeto de lei data de um período no qual não era possível separar o embrião do corpo da mulher, só surgindo essa possibilidade quando do advento da técnica da fecundação *in vitro*, sendo que as normas e categorias clássicas do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal. Conclui o autor que o embrião resultante da técnica de fertilização artificial não se encaixa no conceito nem de pessoa nem de nascituro, o que justifica a discussão para estabelecer a natureza dos embriões humanos antes da implantação no ventre feminino.

O artigo 2 do CC/2002, mencionado anteriormente, diz literalmente que “[...]a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, do qual se infere, não sem razão, algum nível de proteção aquele que ainda não é pessoa, mas pertencente à espécie humana. E mais, essa proteção é conferida desde a concepção, sem precisar o modo como ocorre, se natural ou artificial. Dentre todos os direitos da personalidade, talvez seja a vida o que mais suscita polêmicas, muito provavelmente em virtude da dependência deste para a aquisição e fruição dos demais e da natureza ontológica do ser humano, pois, por mais que o conceito de vida humana e sua positivação normativa seja uma construção cultural, esta constitui um valor universalmente reconhecido pelas mais diversas culturas como defende o Professor de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto em Portugal, Daniel Serrão (2003, p. 111).

Repita-se, a divergência se estabelece em decorrência da unificação conceitual que é feita entre o início da vida e a aquisição da personalidade para efeitos jurídicos. É fato que, estando estes conceitos entrelaçados, irão influenciar na forma como o embrião humano extracorpóreo será tutelado, mas é preciso fazer algumas ressalvas na busca pelo melhor entendimento. Tanto no embrião humano extracorpóreo quanto no nascituro existe uma

potencialidade de tornarem-se pessoa física ou natural, de adquirir personalidade civil ou capacidade de estabelecer relações jurídicas, porque vida, seja em sua forma mais rudimentar, em seu estágio mais primário de desenvolvimento, já existe desde a concepção, bem como existe um patrimônio genético individual a ser tutelado.

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 61) ressalta que, mesmo na ausência de previsão no direito positivo referente aos embriões, estes merecem tutela, porquanto seres dotados de vida.

Carlos Ayres de Brito ressalta em seu voto da ADI número 3.510-0, que “[...] a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”.

Se para o Direito não é razoável dizer que no ato da fecundação já existe uma pessoa física, titular de todos os direitos e obrigações, também não é possível negar que os embriões humanos extracorpóreos são integrantes da espécie humana assim como os embriões *in vivo* (nascituros) e para Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 85) isso por si só justifica a necessidade de proteção jurídica. Estar em condição pré-implantatória e por isso não ter personalidade civil não exclui a existência de vida ou de pertencer à natureza humana. O ordenamento jurídico é produto de uma construção cultural em que ainda é muito forte a ideia do direito à vida como um direito absoluto no sentido de possuir uma posição hierárquica superior quando confrontado com os demais direitos da personalidade, porém, todos, sem distinção, comportam relativizações no caso concreto e não seria diferente com o direito à vida. Pode ser reconhecida a existência de vida no embrião extracorpóreo, o que não significa dizer que este direito irá se sobrepor a outros ou que não poderá sofrer mitigações no caso concreto, assim como a vida de uma criança ou de um adulto pode ser relativizada, só depende da situação fática.

4.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVA PROTEÇÃO EMBRIONÁRIA

Mesmo sem aprofundar no aspecto histórico sobre a origem e contextualização da dignidade humana é possível identificar dois pilares que fundamentam o princípio em comento até os dias atuais. Conforme explica Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 46) a origem histórica da dignidade humana remonta a duas perspectivas: a religiosa e a filosófica.

No que concerne à teoria religiosa, foi o Cristianismo o responsável pelo surgimento da noção de dignidade na sociedade Ocidental. Quanto ao aspecto filosófico, foi o pensamento de Immanuel Kant o responsável por consagrar o conceito de dignidade na Modernidade.

Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 46) afirma que a doutrina cristã consagrou a dignidade como característica essencial do ser humano, pelo fato deste ser fruto da ação Divina, por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, o que confere uma conotação de dignidade como algo intrínseco, natural. Desta concepção cristã, originou-se a noção de valor ontológico do ser humano, sendo este o sentido de dignidade.

Como reação ao Cristianismo, ao pensamento da Idade Média, surge o Iluminismo, que coloca o homem como o centro das atenções (antropocentrismo) e a filosofia kantiana confere outro fundamento à dignidade humana. No Iluminismo essa noção de valor intrínseco, oriundo de causa Divina, do qual o ser humano é merecedor, não é perdida, apenas adquire outro fundamento, qual seja a racionalidade e autonomia do ser humano. Conforme afirmado por Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 32) a concepção de dignidade passou por um processo de racionalização e laicização, sem, contudo, abandonar a noção de que todos os homens são iguais em dignidade.

A teoria de Immanuel Kant funda-se na racionalidade humana, no poder de autoconsciência que o homem possui, na autonomia da vontade para justificar o ser humano como ser dotado de dignidade. Segundo Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski (2008, p. 105) a autonomia da vontade representa o fundamento da moral kantiana que conduz à máxima de que o ser humano deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo e não como meio.

Para John Harris e Lisa Bortolotti (2007, p. 325) em uma formulação kantiana do princípio da dignidade humana, jamais a vida humana poderia ser considerada como meio, mas sempre um fim. Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 47) diz que o traço distintivo, utilizado por Kant para justificar que todos os seres humanos, como seres racionais, são dignos de respeito, está no fato de existir como um fim em si mesmo e este é o imperativo categórico que, como afirmam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski (2008, p. 105) esta é a concepção de dignidade da idade moderna, não sendo possível falar em dignidade da pessoa humana sem mencionar a concepção kantiana sobre o tema.

Mesmo diante das teorias teleológica e filosófica que conceituam a dignidade humana, o perfeito entendimento do seu significado, numa perspectiva jurídico-constitucional, ainda carece de esclarecimentos. Apesar da sua consagração, na ordem

constitucional vigente, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, compreender a dignidade humana em sua real definição e alcance desafia quem se propõe a estudar tema de tamanha subjetividade. Arriscaria dizer que existem vários conceitos ou que a definição de dignidade humana é tão relativa e imprecisa que depende da ótica de cada sujeito que reclama o princípio em sua defesa.

Como preceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 125), apesar da existência das teorias que tentam explicar os fundamentos da dignidade humana, esta permanece sem uma noção relativamente clara acerca do seu conteúdo, especialmente para a sua aplicação na esfera jurídica. Segundo o autor, impõe-se a necessidade de estabelecer um conceito mínimo e objetivo a fim de se conferir segurança jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 17-18) atribui essa dificuldade, inclusive para efeitos de aplicação como norma no âmbito jurídico, ao fato da dignidade guardar um conceito vago e impreciso, bem como não se relacionar com nenhum aspecto em especial da existência humana como vida, propriedade, intimidade, ao contrário, é considerada como inerente a todo ser humano constituindo valor próprio deste, contribuindo para a polissemia do termo.

A partir da constitucionalização do Direito, tudo o que se refere a todos os seres humanos, a existência, os direitos fundamentais, o respeito às liberdades individuais, se resume a falar do princípio da dignidade. Presente na CF/1988, artigo 1, inciso III, como fundamento da ordem jurídica, invocá-lo virou lugar comum nas mais diversas situações envolvendo os indivíduos em suas relações privadas e com o Poder Público. É certo que em se tratando de uma ordem jurídica que defende a existência de um Estado Democrático de Direito, que tem na proteção do ser humano a razão das suas leis, que busca o bem estar e livre desenvolvimento dos seus indivíduos e a pacificação social, não seria possível construir um sistema desprovido de um princípio que consubstanciasse esta valorização. O risco do uso indiscriminado do princípio constitucional da dignidade, sem uma compreensão exata do que representa, está na banalização e perda de qualquer valor que possa vir a ser conferido ao ser humano.

Está a corroborar com este entendimento Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 16) quando afirma que a dignidade está presente em todos os ramos do ordenamento jurídico, residindo aí a maior dificuldade, sob o ponto de vista interpretativo, de se buscar delinear os limites e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mesmo com o reconhecimento e positivação no plano normativo constitucional, como valor fundamental que orienta todo o ordenamento jurídico, Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 47) ressalta que a dignidade da pessoa humana independe da consagração pelo sistema jurídico, pois constitui atributo inerente ao ser humano, sem perquirir quaisquer requisitos de cor, raça, sexo ou outros. Consequentemente não é admissível que fatores genéticos, características físicas e psíquicas, nacionalidade, educação, idade, doenças justifiquem eventuais discriminações ou julgamentos de superioridade de um indivíduo sobre o outro, a ponto de desconhecer em qualquer ser da espécie humana o valor da dignidade. Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 92) preconiza que embrião, feto, anencefálico, dementes, gênios, todos integram a espécie humana e por isso titularizam a dignidade humana, impondo-se o dever de respeito às diversas formas de vida.

Logicamente que, se a dignidade é valor inerente, atributo do ser humano, não pode ser ela criada, concedida ou retirada do indivíduo. Afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 73) que não compete ao ordenamento jurídico conceder dignidade ao ser humano. Sustenta o autor que poderá ocorrer a violação da pretensão de respeito e proteção que da dignidade decorre, sem, contudo significar a sua perda e necessidade de concessão pelo Direito, que quando se fala em direito à dignidade, está a reclamar o seu reconhecimento, respeito e desenvolvimento. Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 42) justifica esta premissa com base na afirmação de que a dignidade constitui dado prévio, anterior ao Direito, ressaltando que o reconhecimento e positivação pelo ordenamento jurídico exerce o papel de proteção e promoção.

Como forma de facilitar o entendimento sobre o significado e alcance da dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 125) parte de uma perspectiva multidimensional. Para o autor a dignidade possui uma dimensão natural, ontológica (inerente ao ser humano) e outra histórico-cultural, resultante de uma construção cultural, fruto de diversas gerações da humanidade que constroem o seu significado no tempo e no espaço. Portanto, por mais que se compreenda a dignidade humana como característica intrínseca ao ser humano, esta também é oriunda de diferentes construções sociais, se consubstanciando num dado cultural. Talvez essa dimensão histórico-cultural da dignidade contribua para a dificuldade em precisar o seu conteúdo e alcance.

Da interação entre ambas as dimensões, ontológica e histórico-cultural, a dignidade adquire a dimensão comunicativa e relacional. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 23-24) desta dimensão conclui-se a intersubjetividade da dignidade, de que todos os

indivíduos são iguais em dignidade e direitos e nesta circunstância convivem em uma determinada comunidade. Apesar do seu caráter ontológico, a partir da análise desta dimensão extrai-se a possibilidade de admitir eventuais relativizações diante do conflito de dignidades no caso concreto.

Jurgen Habermas (2006, p. 75-76) ressalta que a dignidade humana não é uma qualidade natural, biológica, como a cor dos olhos ou a inteligência, sua significação somente tem sentido nas relações interpessoais, ou seja, nas relações das pessoas umas com as outras. Esse pensamento se coaduna com a dimensão comunicativa da dignidade referenciada por Ingo Wolfgang Sarlet (2009).

Ainda sob a perspectiva multidimensional da dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 125) destaca as dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional), que atuam como limite contra atos do Estado e da comunidade em geral e como tarefa dos poderes estatais, respectivamente. Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 53) denomina a dimensão negativa como regra de proteção da dignidade da pessoa humana que impõe a abstenção da prática de condutas que violem a dignidade. Para Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 55) a dimensão positiva da dignidade humana está relacionada à noção de princípio que exige a execução de tarefas e criações legiferantes. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 125) a dimensão positiva está vinculada a deveres de tutela por parte dos órgãos estatais com o objetivo de proteger a dignidade de todos.

Aplicando as várias dimensões, Ingo Wolfgang Sarlet propõe um conceito para dignidade humana (2002, p. 62):

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

De acordo com o fundamento ontológico da dignidade e com o conceito, proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, onde se lê que a dignidade é qualidade intrínseca e distintiva dos seres humanos, não obstante os embriões *in vitro* não serem considerados pessoas na ordem jurídica, não é possível negar que estes pertencem à espécie humana e por esta qualidade de pertencerem, pela similitude com os já nascidos, tendo sido todos embriões em um estágio de desenvolvimento da vida, merecem o respeito e reconhecimento de algum valor. Assevera Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 163) que os embriões, obtidos através das técnicas

de reprodução humana artificial e mantidos criopreservados em laboratório, apesar de não terem reconhecida a natureza de “pessoa”, não há como negar a sua vinculação com a natureza humana.

Heloisa Helena Barboza (2004, p. 259-260) afirma que a biotecnologia fez nascer a necessidade de um debate sobre o conceito de pessoa e os limites da sua existência: o início e o fim, a vida e a morte. A autora ressalta que existem duas perspectivas de pessoa: a que a identifica como pertencente à espécie humana e a que representa a racionalidade, a autoconsciência. Ainda no entendimento da autora, se o debate acerca do início da existência humana permanece sem uma definição, ao menos há concordância que a dignidade representa valor inerente à espécie humana e, portanto, contempla os embriões obtidos da técnica de fertilização *in vitro* em situação pré-implantatória.

A estes embriões humanos, congelados em laboratório, é perfeitamente pertinente, atribuir uma dignidade, um respeito, um valor moral, uma relativa proteção, sem precisar conferir-lhes o status de pessoas, detentoras de deveres e direitos indisponíveis e intocáveis. Jurgen Habermas (2006, p. 73-74) ressalta a dificuldade de estabelecer um estatuto moral da vida humana em sua fase inicial, em virtude dos posicionamentos extremistas e procura o equilíbrio na defesa da possibilidade de se reconhecer um valor aos embriões humanos. O autor diz que de um lado estão os que conceituam os embriões como apenas um “aglomerado de células”, contrapondo-os ao recém-nascido, este sim pessoa, merecedora de dignidade. Para outros, defensores rigorosos dos embriões, os quais não deveriam ser submetidos às pesquisas científicas, ainda que com finalidade terapêutica, a fecundação do óvulo já representa uma pessoa potencial, titular de direitos fundamentais.

De acordo com a dimensão intersubjetiva ou relacional da dignidade é plenamente possível admitir a sua relativização. Para Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 55): “Princípios são cumpridos em diferentes graus, podendo ser objeto de ponderação diante do caso concreto”. Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 141-142) reconhece a atribuição de certa relativização à dignidade diante da sua condição de norma principiológica, respeitando sempre o seu núcleo essencial de proteção, qual seja a vedação de qualquer conduta que implique na coisificação e instrumentalização do ser humano, em consonância com o imperativo categórico de Immanuel Kant.

Defende Ingo Sarlet Wolfgang (2002, p. 51-52) que, apesar da premissa kantiana, do ser humano considerado como fim em si mesmo, esse postulado não significa que nunca se

coloque um indivíduo em situação de desvantagem em benefício de outro, mas que seja tratado com respeito, de tal forma que não lhe seja negada a sua dignidade.

A possibilidade de relativização da dignidade, enquanto princípio e norma jurídica, justifica o reconhecimento de uma relativa proteção embrionária diante da situação fática, atribuindo aos embriões humanos *in vitro* uma dignidade que será ponderada dependendo da necessidade no caso concreto. Ademais, contrariando o eventual argumento de que a dignidade não comporta a instrumentalização do seu titular, cabe a comparação trazida à baila por John Harris e Lisa Bortolotti (2007, p. 328) que falam das autopsias realizadas em cadáveres com a finalidade de educação médica e do uso de embriões humanos na investigação com células-tronco, cujo objetivo das pesquisas seja terapêutica, o que pode ser significativo sob o ponto de vista moral.

Se, é possível conferir valor moral, dignidade aos falecidos, por já terem sido pessoas e não permitir o vilipêndio dos cadáveres, igualmente é admissível atribuir uma proteção, algum nível de dignidade, relativa mesmo, aos embriões humanos *in vitro*, e analisar no caso concreto qual a finalidade da produção e pesquisas para que estes não sejam coisificados para atender interesses fúteis. Na opinião de Heloisa Helena Barboza (2004, p. 268) o mais razoável seria, à luz do princípio da dignidade humana, conferir uma tutela particular aos embriões que evitasse, de modo eficaz, a sua instrumentalização em virtude do respeito que merecem.

4.3 AUTONOMIA PRIVADA E DIGNIDADE HUMANA

Não há como suplantar a importância que o direito à vida e o princípio da dignidade humana detém no ordenamento jurídico pátrio, mas é inegável que a autonomia privada possui especial enfoque neste trabalho, haja vista o seu tema estar voltado à análise das vontades procriativas nos procedimentos de seleção em reprodução humana artificial. É verdade que existe diferença entre os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade, entretanto, propositalmente, com base nesta distinção conceitual, é utilizado o termo “vontade” no título desta pesquisa a fim de estabelecer essa distinção que será esclarecida neste tópico.

A autonomia privada guarda íntima relação com os direitos fundamentais, inclusive com o direito à vida, e com o princípio da dignidade, porém, o estudo da liberdade humana, diante dos aspectos positivos e negativos dos direitos da personalidade, bem como

no exercício da dignidade, é tarefa que comporta variadas interpretações e questionamentos, onde, com o estudo da autonomia privada e autonomia da vontade é possível entender o alcance do princípio fundamental do Direito Civil.

Maurício Requião (2015, p. 39) afirma que não há consenso quanto ao conceito da autonomia privada, pois é um termo dotado dos mais diversos sentidos no Direito Civil e aponta como possível causa para esta polissemia a importância que a autonomia possui para este ramo do Direito.

Muitos sentidos puderam ser conferidos à autonomia no decorrer da história da humanidade, apesar de não ser o objetivo deste trabalho, delimitar todo o panorama histórico de surgimento e transformações pelas quais passou este princípio do Direito Privado.

O conceito de autonomia privada foi construído culturalmente ao longo da história e nem sempre teve o sentido que contemporaneamente é possível conferir ao princípio. Fazendo um recorte histórico e retrocedendo à Modernidade, o apogeu da autonomia privada ocorre no ambiente das relações privadas, voltado aos ideais capitalistas de uma época em que mais importava a conquista de mercados e o lucro econômico do que o aspecto individual e existencial do ser humano. Além de outros doutrinadores, quem reconhece o sentido patrimonial que primordialmente ainda é conferido à autonomia na contemporaneidade é Roxana Borges (2005, p. 69) quando diz que o conceito mais restrito de autonomia privada tem a ver com a realização de negócios jurídicos, liberdade negocial. Maurício Requião (2015, p. 16) afirma que a matriz histórica da autonomia privada está voltada para o aspecto patrimonial, para a realização de negócios jurídicos. Importante frisar que o conteúdo destes negócios jurídicos, citados pelos mencionados autores, é de cunho patrimonial, o que é questionável a partir da constitucionalização do Direito Privado.

Diogo Luna Moureira (2007, p. 95-96) afirma que os primeiros ensaios da autonomia privada datam do Feudalismo, Idade Média e Revolução Burguesa, que a ideia de liberdade surge relacionada às atividades econômicas, de comércio e busca pelo lucro e que, somente na Baixa Idade Média, o indivíduo passa a tomar consciência de si, do seu valor, a questionar a sua existência e refletir sobre a sua individualidade com a ajuda das discussões filosóficas.

Segundo Ana Thereza Meirelles (2014, p. 52), existe o viés filosófico, bioético e jurídico para explicar o significado do termo, sendo o viés jurídico o que mais interessa no presente estudo. Porém, não é possível desprezar a contribuição da filosofia para conferir sentido ao Direito. Para Ana Thereza Meirelles (2014, p. 53), utilizando-se da teoria filosófica

do Imperativo Categórico de Kant, “a autonomia e a liberdade estão essencialmente vinculadas”, “ser autônomo é ser livre no sentido moralmente relevante, e a liberdade moral se expressa ou se torna evidente na ação autônoma”, e em termos bioéticos (2014, p. 54) “a autonomia está relacionada diretamente à necessidade de respeito às decisões individuais no decorrer dos processos biocientíficos”.

Até alcançar um conceito mais amplo, não se restringindo às relações privadas contratuais e de cunho econômico, a autonomia percorreu diferentes caminhos. Do modelo de Estado Liberal, pois os indivíduos reclamavam a liberdade e a intervenção mínima ou negativa do Poder Público, ao modelo de Estado Social de natureza prestacional, com atuação positiva, porque diante das desigualdades sociais, se fez necessário recorrer ao Estado para minimizá-las ou aboli-las, chegando, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Civil.

Falar em autonomia significa falar em liberdade humana, pois este é termo que corresponde à noção de autonomia e que comumente é usado quando se quer reclamar as individualidades e diferenças naturais, exercer os direitos da personalidade e alegar a dignidade humana na contemporaneidade. A própria CF/1988 consagra a autonomia a direito fundamental utilizando o termo liberdade em seu artigo 5, *caput* e vários dos seus incisos, apesar da sua gênese se relacionar ao Direito Civil.

Maurício Requião (2015, p. 40) defende que a autonomia privada é um princípio derivado da liberdade em sentido amplo e o seu uso se dá como reflexo e instrumento do sistema capitalista, pois guarda a ideia de liberdade econômica do sujeito. Desta forma, a autonomia privada seria uma das facetas da liberdade humana em sentido amplo, vinculada que está à liberdade econômica, negocial do indivíduo, por isso a ideia de autonomia atrelada a negócios jurídicos, sendo estes de natureza patrimonial.

Insta salientar a distinção que alguns doutrinadores fazem entre autonomia privada e autonomia da vontade, sendo ambas voltadas para a celebração de contratos, ditos negócios jurídicos de cunho econômico. Para Maurício Requião (2015, p. 41) conceituar autonomia privada é tarefa que demanda primeiramente a análise do que seria a autonomia da vontade. Segundo Roxana Borges (2005, p. 72): “embora a teoria da autonomia da vontade esteja superada pela teoria da autonomia privada, muitos autores seguem utilizando aquela terminologia”. Emilio Betti (1969, p. 112) critica a confusão que é feita entre a autonomia privada e a manifestação de vontade como se estas tratassem do mesmo conceito e para tanto afirma que não basta ao sujeito querer, ter vontade, é preciso realizar condutas que expressem

esta vontade de modo a concretizar o negócio jurídico. Para Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 66) a autonomia da vontade tem significado subjetivo, pois está relacionada à vontade em si mesma, em seu sentido psicológico e tinha a função de garantir a vontade do indivíduo como única fonte passível de gerar efeitos obrigacionais.

Como afirma Roxana Borges (2005, p. 73) a declaração de vontade por si só tinha o condão de gerar efeitos jurídicos e essa ideia era oriunda de uma concepção individualista exagerada em que não se considerava o sujeito como parte integrante de uma sociedade, bastava a manifestação de vontade para desencadear as relações jurídicas e seus efeitos.

A autonomia da vontade tem a sua origem no Estado Liberal e está voltada para a ideia de uma liberdade ampla, sem restrições, onde a vontade ou desejo do indivíduo era o senhor dos negócios jurídicos. Para Diogo Luna Moureira (2007, p. 99) os paradigmas liberais do movimento modernista são o Estado absenteísta, a economia capitalista e o Direito individualista, onde a autonomia da vontade e o individualismo ganham relevância para o sistema jurídico. É nesse cenário de liberdades negativas, que demandava um Estado absenteísta, que a autonomia da vontade se perfaz.

Enquanto a autonomia da vontade se caracteriza pela liberdade sem limites, a autonomia privada surge como necessidade de superação desta, haja vista as desigualdades substanciais sociais existentes, proporcionadas pelas manifestações de vontade irrestritas. Diogo Luna Moureira (2007, p. 99) fala dos movimentos de socialização que buscaram integrar os desiguais a fim de que fosse possível desfrutarem de uma igualdade material e não apenas formal, como defendido pelos movimentos liberais.

Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 67-68) deduz que o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, pois enquanto aquele possui caráter subjetivo, psicológico, este tem uma aceção mais objetiva que resulta de uma declaração de vontade conformada com efeitos jurídicos e assim o voluntarismo cedeu espaço para o que se convencionou denominar de autonomia privada.

Roxana Borges (2005, p. 73) afirma que:

A teoria da autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar.

Esta mudança da noção de autonomia da vontade para a concepção de autonomia privada representa a passagem de um Estado e direito liberal para um Estado e direito social, como acentua Roxana Borges (2005, p. 74).

Segundo Diogo Luna Moureira (2007, p. 100) os modelos de Estado Liberal e de Estado Social não foram suficientes para resolver os conflitos sociais oriundos das situações de desigualdades, pois nem o individualismo e nem o socialismo aprisionador conseguiram incluir e valorizar as individualidades humanas.

Até a constitucionalização do Direito Civil, o sentido de autonomia privada era muito consentânea com a ideia de negócio jurídico, contratos de natureza patrimonial. O CC/2002 foi idealizado sob a ótica da proteção à propriedade e ao patrimônio, mas a CF/1988 com os direitos e garantias fundamentais, com a noção de liberdade e igualdade, de Estado Democrático de Direito que privilegia a inclusão dos indivíduos em detrimento da integração, de proteção e reconhecimento de um valor ontológico inerente à pessoa humana, é que possibilita uma nova hermenêutica às relações privadas e amplia o conceito de autonomia privada.

Preceitua Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 83) que após a CF/1988, a atuação da vontade individual é remodelada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, fundamentos do Estado Social de Direito. A partir dos valores consubstanciados pela nova ordem jurídica não cabe mais pensar na autonomia privada como princípio do Direito Civil, corolário da liberdade humana, voltado à satisfação apenas de interesses patrimoniais sem ingerência de limites. A noção de autonomia que deve prevalecer atualmente, por todos os princípios e valores constitucionais vigentes, é a de promoção das liberdades individuais como forma de possibilitar ao ser humano a satisfação da sua dignidade, porém não em um aspecto individualista, egocêntrico.

Emilio Betti (1969, p. 96) escreve que: “O individuo é livre de agir segundo a sua maneira de ver: isto desde que, por outro lado, só ele sofra as consequências da sua conduta, quer elas sejam, para ele, vantajosas ou onerosas.” Apesar do lapso temporal, a fala do referido civilista se mostra pertinente para explicar a liberdade humana (autonomia privada) e a existência de limites a esta liberdade na sociedade e ordem jurídica atual.

Coaduna-se perfeitamente com a constitucionalização do Direito, com o fundamento da dignidade da pessoa humana e os ditames da solidariedade, igualdade e justiça social da ordem jurídica vigente, a proposta de atribuir um novo sentido à autonomia. Maurício Requião (2015, p. 43) fala em autonomia existencial como outro sentido que pode ser atribuído à autonomia, retirando-a do contexto puramente patrimonialista e vinculando-a à possibilidade do individuo de gerir a sua vida de forma digna. Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 87) ressalta que o mundo atual trouxe à baila situações existenciais até então

inimagináveis, que necessitam receber soluções jurídicas, como as proporcionadas pelos avanços biotecnológicos, quais sejam os atos médicos, os transplantes, a reprodução humana assistida e outras.

O fato de se estabelecer essa distinção conceitual entre autonomia privada e autonomia existencial não significa que passam a existir diferentes autonomias, como se fosse possível compartimentar a vida humana de forma tão estanque, de modo que para a consecução de cada projeto de vida pessoal fosse utilizada uma liberdade. Essa classificação parece muito mais demonstrar a urgência da necessidade de se adequar os conceitos e valores constantes na ordem jurídica à nova realidade fática que se apresenta. É o que diz Maurício Requião (2015, p. 45) ao chamar a atenção para o fato de que esta cisão de conceito entre as autonomias não significa que a promoção de uma esteja desvinculada da outra, pelo contrário, elas se comunicam.

É certo que existem os limites à autonomia, ou como denomina Roxana Borges (2005, p. 75), as fronteiras da autonomia privada. Estes limites são divididos em três grupos por Mauricio Requião (2015, p. 47) quais sejam a lei, a ordem pública, e a moral e bons costumes. Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 89) assevera que apesar da existência destes limites à autonomia privada, estes se mostram insuficientes para verificar se um ato de autonomia está de acordo ou merece amparo pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que emerge o conceito de autonomia existencial, quando os limites à autonomia privada, antes estabelecidos, parece não mais servirem por si só para limitar as vontades humanas.

Em tempo, há ainda que se registrar que o termo “vontade”, constante no título desta pesquisa, refere-se justamente ao conceito de autonomia da vontade, de um voluntarismo sem freios, da satisfação de um desejo individualista exacerbado sem as devidas restrições, que precisa ser conformado aos limites impostos pelas normas legais, pela ordem pública e pela moral como fatores de limitação à autonomia privada. É a possibilidade do regresso às vontades individuais sem as devidas restrições legais, éticas, de ordem pública ou outras.

Não basta a manifestação de vontade, por mais que esteja embasada no argumento da autonomia privada. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, com a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, a simples manifestação de vontade, como se querer fosse poder, sem levar em conta as demais liberdades individuais ou mesmo situações de vulnerabilidade daqueles que não tem como exercer autonomia.

Os contratos de reprodução humana artificial representam negócios jurídicos, aprioristicamente, de natureza patrimonial, mas com um aspecto que os diferenciam dos demais de cunho patrimonialista, qual seja o seu objeto. Nestes contratos a finalidade é diferenciada, pois se referem à realização de um desejo de procriação e, portanto, a sua concretização está atrelada a criação e desenvolvimento de seres humanos. Pensar apenas sob a ótica da autonomia privada como poder das partes de celebrar um negócio jurídico e da satisfação do direito dos futuros genitores de ter um filho é atribuir um sentido extremamente egoísta e individualista a estes negócios, bem como desconhecer o valor intrínseco e a dignidade que o ser humano possui. Os contratos de reprodução humana artificial possuem natureza híbrida, são patrimoniais e existenciais, apesar do seu aspecto patrimonialista, não possuem preço, mas essencialmente valor por tratarem-se da geração de vidas humanas. Estes negócios, com mais razão ainda, merecem que as partes envolvidas tenham as suas vontades conformadas ou suas autonomias privadas limitadas, sobretudo sob os fundamentos constitucionais da dignidade humana e da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético da humanidade.

No entendimento de Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 90) a autonomia privada precisa promover os valores, em especial, os princípios da igualdade, solidariedade, dignidade e justiça social.

5 OS LIMITES ÀS VONTADES PROCRIATIVAS: A DISCIPLINA DA NEOEUGENIA NO DIREITO BRASILEIRO

Como já abordado, são várias as possibilidades da biotecnologia e da medicina reprodutiva a serviço da humanidade nos dias atuais. As intervenções no processo de criação e desenvolvimento da vida humana mostram-se cada vez mais precisas e invasivas, haja vista a possibilidade de mapeamento do genoma humano com diagnósticos de patologias e seleções de características em embriões humanos.

Ao mesmo tempo em que é possível manipular embriões humanos em aconselhamentos e diagnósticos genéticos pré-implantacionais, com finalidades terapêuticas, também é possível realizar práticas seletivas com objetivos de aperfeiçoamento da espécie humana, pois, como afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 165), é difícil identificar e diferenciar os limites que conduzem à prática seletiva dos que caracterizam a conduta de natureza terapêutica.

Porém, em face deste avanço tecnocientífico, é preciso estabelecer limites às práticas diagnósticas e seletivas a fim de preservar a dignidade, o respeito à vida humana, para que esta não seja instrumentalizada para atender interesses individuais. Além da proteção ao ser humano, considerado individualmente, o delineamento de limites às vontades procriativas, na concretização dos projetos parentais se justifica, também, pela necessidade de preservação do patrimônio genético da humanidade. Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 25) questiona o destino da humanidade e reflete o temor de perda da própria identidade em face do que a inseminação artificial, o mapeamento do genoma e a engenharia genética podem fazer.

Nesta realidade social, de descobertas médicas e científicas, de desenvolvimento biotecnológico, de manipulação da vida embrionária e mapeamento do patrimônio genético dos indivíduos, Ana Thereza Meirelles (2014, p. 50) ressalta o surgimento de novos direitos, como projeções de outros já existentes relacionados à personalidade humana. A autora afirma ser possível reconhecer, dentro desta natural expansão para proteção plena da personalidade humana, o direito à identidade genética, à intimidade genética e a não discriminação genética. Todos estão relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, com a proteção à preservação e diversidade do patrimônio genético da humanidade, com a igualdade material e com o direito à intimidade e privacidade.

O Direito possui relevante papel frente às novas potencialidades médicas e genéticas, na medida em que se consubstancia numa ciência de caráter normativo e

sancionador das práticas sociais. Faz-se mister que o ordenamento jurídico, amparado pelos princípios e regras que dispõe, sem desprezar os conceitos e valores da ética e os conhecimentos médicos-científicos, estabeleça os limites à autonomia reprodutiva objetivando evitar condutas em desacordo com os valores e direitos humanos. Jurgen Habermas (2006, p. 110) enfatiza que no seio de uma sociedade democrática e plural, que possibilita a cada indivíduo a satisfação de diferentes projetos de vida, as práticas eugênicas de melhoramento não podem ser legitimadas como se normais fossem.

Nos tópicos que se seguem serão delineados alguns possíveis limites às vontades procriativas diante de técnicas possibilitadas pela reprodução humana artificial.

5.1 A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

A proteção ao patrimônio genético da humanidade é bem jurídico constitucional e, portanto, objeto de tutela da CF/1988. Esta proteção é prevista na Constituição Federal brasileira relacionada à proteção da biodiversidade, em uma alusão à preservação de todas as formas de vida no meio ambiente, humanas e não humanas.

Segundo Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2013, p. 2087), a definição de patrimônio genético assemelha-se ao de genoma, como um conjunto de genes de um organismo ou de uma célula, porém é mais abrangente, pois além de contemplar os genes, o patrimônio genético também inclui todas as informações contidas no genoma. Logo, o patrimônio genético do ser humano o identifica e o faz detentor de uma individualidade que é uma e o diferencia dos demais seres da espécie humana. Ainda nas palavras de Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2013, p. 2087), o patrimônio genético é algo que identifica e diferencia cada ser vivo e cada espécie, consubstanciando-se em “fator caracterizante e diferenciador” dos seres vivos.

Quando a CF/1988 prevê a proteção ao patrimônio genético da humanidade, está tutelando a diversidade e a integridade das informações genéticas de todos os indivíduos e, assim objetivando garantir a sobrevivência da espécie humana, a sua saúde e qualidade de vida. Os avanços e as novas possibilidades da Genética anunciam a necessidade da ordem jurídica conferir proteção à integridade e à diversidade do genoma humano, além dos novos direitos genéticos que surgem e precisam ser resguardados.

Como afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 166) as intervenções genéticas, consideradas as manipulações em sentido amplo, não atingem somente o patrimônio genético

de alguns indivíduos, mas a integridade e a diversidade do genoma de toda a espécie humana, justamente por transmitir às futuras gerações as alterações biológicas realizadas em células germinais e em embriões.

As manipulações em sentido amplo, tais como a engenharia genética, a clonagem reprodutiva, as práticas seletivas em sede de reprodução, que traduzem finalidades eugênicas de caráter aperfeiçoador, interferem na integridade do patrimônio genético de um indivíduo e, de forma sequenciada, como que em cadeia, repercute no genoma das presentes e futuras gerações.

Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2013, p. 2088) afirma que o direito à identidade genética do ser humano possui uma dupla dimensão, a subjetiva que diz respeito ao indivíduo como pessoa e a objetiva que se refere ao ser humano como espécie. Por essa dupla dimensão, o autor argumenta que conservar a singularidade genética do ser humano é a forma de dar efetividade ao mandamento constitucional de proteção ao patrimônio genético humano.

A utilização de embriões humanos em sede de manipulações genéticas, com a finalidade discriminatória de perpetuação de um padrão genético, além de atentar contra a relativa proteção à dignidade embrionária, atinge a vida e a dignidade de todos os indivíduos. Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 208-209) assevera que a manipulação de seres embrionários com destinação diversa das socialmente aceitas em verdade atinge a vida e a dignidade de todos os indivíduos difusamente. Para a autora, o mandamento constitucional de preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País, visa proteger os seres humanos de forma indeterminada, a proteção se refere à coletividade, à espécie humana, e conclui que mais do que a integridade do embrião, o que pode estar em risco é a identidade e a saúde da humanidade.

Diria que, primordialmente, antes mesmo de se falar em direitos individualmente considerados (vida, saúde, dignidade, autonomia), a preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético da humanidade é o primeiro legitimador da necessidade da ordem jurídica regulamentar os processos de reprodução assistida e as manipulações genéticas em células germinais humanas e embriões.

Acentua Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2013, p. 2089) que a CF/1988 não proíbe a pesquisa e a manipulação de material genético, desde que estas atividades sejam fiscalizadas a fim de evitar consequências prejudiciais à manutenção da diversidade e da integridade genética, bem como o direito à identidade genética.

Mesmo tendo como valores e limites o princípio da dignidade humana e a proteção ao patrimônio genético da humanidade, falta à ordem jurídica regulamentar e esclarecer, no ambiente das pesquisas e técnicas envolvendo células reprodutoras e embrionárias humanas, os critérios para aceitabilidade de determinadas condutas seletivas, sob pena da ocorrência da destruição da diversidade e da integridade do patrimônio genético, tendo os indivíduos, valor e dignidade atreladas e dependentes das características genéticas.

5.2 OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Neste tópico é feita uma análise objetiva dos possíveis limites à autonomia privada dos indivíduos no âmbito dos procedimentos de reprodução humana artificial.

Apesar da ausência de disciplina legislativa no Brasil, com relação às técnicas de reprodução humana artificial e suas possibilidades envolvendo manipulação genética, emanam do sistema normativo os princípios, valores e direitos que servem de parâmetros para restringir as vontades procriativas. É justamente através da sistematização dos princípios e valores, já positivados na ordem jurídica, que são extraídos os limites legais às liberdades individuais em diferentes aspectos da vida e das relações humanas, não sendo diferente no ambiente dos direitos reprodutivos.

Ana Thereza Meirelles (2014, p. 183-184) enumera os limites, extraídos da ordem jurídica, à autonomia privada, em sede de reprodução humana assistida, e que podem ser invocados para uma possível regulamentação sobre medicina reprodutiva e as condutas neoeugênicas. São eles a proteção constitucional ao patrimônio genético, o princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, o princípio da igualdade e os direitos a não discriminação genética e a privacidade genética que surgem como desdobramentos do princípio da igualdade, da proteção ao genoma humano e do direito à privacidade e intimidade, todos de conteúdo constitucional e cível, por abranger direitos fundamentais e direitos da personalidade, respectivamente.

Quanto à utilização da moral como critério limitador da autonomia privada, ressalta-se a dificuldade da sua utilização, tendo em vista a subjetividade emanada deste aspecto. Porém, salienta Ana Thereza Meirelles (2014, p. 171) que, apesar da moral ser um limite que comporta extrema subjetividade, as práticas eugênicas que resultaram em segregações sociais por motivações racistas foram historicamente percebidas pela humanidade

e não há legitimação social em admitir tais condutas. Sendo assim, os valores morais são culturalmente estabelecidos pela sociedade de modo que, atualmente, práticas que impliquem em discriminações e segregações não são moralmente toleradas, logo práticas eugênicas para atender interesses de aperfeiçoamento.

Jurgen Habermas (2006, p. 117) afirma que, sem os sentimentos morais do dever e da culpa, da censura e do perdão, o respeito, a solidariedade, o universo habitado pelos seres humanos seria completamente insuportável. O autor afirma ainda que os valores morais do idêntico respeito, que todos são merecedores, e da responsabilidade solidária, igualmente dirigida a todos, poderão não mais fazer parte da comunidade moral, ou seja, o pensamento do autor demonstra a relevância que detém a moral na sociedade, sendo possível extrair os valores para a conformação dos limites à autonomia privada.

5.2.1 A escolha do doador nos procedimentos heterólogos

As questões que normalmente são colocadas diante dos procedimentos de reprodução humana artificial do tipo heteróloga estão relacionadas à necessidade do consentimento prévio do futuro pai da criança, demandante do desejo de procriação, e ao estado de filiação da criança gerada através do método da reprodução artificial.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 78-79) ressalta a importância do consentimento, afirmando que havendo prévia concordância pela utilização da reprodução assistida heteróloga, o vínculo de filiação estará estabelecido e não poderá o cônjuge ou companheiro, posteriormente contestar a paternidade.

Esclarece Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 49) que não existe previsão legal exigindo a esterilidade ou outra razão física ou psíquica para a escolha do procedimento heterólogo, a única exigência é a prévia anuência para utilização de material germinativo de terceiro doador.

A atribuição de filiação à criança nascida de uma inseminação ou fertilização artificial heteróloga ocorre a partir deste consentimento prévio e se consubstancia em uma filiação afetiva, em contraposição à filiação biológica. Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 48) afirma que o estado de filiação é gênero, do qual a filiação não-biológica ou afetiva é espécie, e que desligou-se da origem biológica para assumir dimensão mais ampla que contempla outras origens para estabelecer os vínculos familiares da paternidade e da maternidade.

Estas são, certamente, questões importantes a serem debatidas no âmbito dos procedimentos heterólogos, porém, diante do desenvolvimento biotecnológico, outro problema, e este sim é objetivo do presente trabalho, se origina das técnicas reprodutivas que utilizam material genético de doador, estranho ao projeto parental. É preciso estipular os limites às vontades procriativas ao fazerem uso deste tipo de reprodução, haja vista a grande possibilidade deste método se consolidar como prática seletiva de natureza discriminatória.

É plenamente defensável que os indivíduos portadores de alguma causa de esterilidade ou infertilidade, os diagnosticados como possíveis transmissores de patologias hereditárias, consideradas graves, ou os impedidos por razões circunstanciais (solteiros, viúvos, divorciados e homossexuais) façam uso do projeto parental heterólogo, desde que não estejam motivados por razões eugênicas de seleção de características físicas, mentais e aptidões intelectuais.

Considerando o risco na utilização deste método com a finalidade de escolher a cor dos olhos, a cor e tipo do cabelo, a altura e outras características estéticas do futuro filho, a ordem jurídica precisa disciplinar a técnica da reprodução humana artificial do tipo heteróloga permitindo que seja feita a escolha do método para os demandantes nas situações acima mencionadas, mas não autorizando que estes escolham o doador. A escolha do doador, e, por conseguinte das características fenotípicas, apenas deve ser permitida para criar uma situação de semelhança e identificação com as características dos pais, conforme preceitua a Resolução do CFM/2015, quando estabelece que a escolha do doador nestes procedimentos é de responsabilidade do médico e que, quando possível, o doador deverá ter a maior semelhança fenotípica com os receptores e compatibilidade com a genitora.

A Resolução do CFM/2015 determina ainda que as técnicas de reprodução humana artificial não devem ser utilizadas com a finalidade de seleção de sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando esta escolha recair sobre finalidade terapêutica de prevenção de doenças, restringindo mais ainda a possibilidade da concretização de escolhas de características físicas de forma aleatória e segregacionista pelos futuros pais.

5.2.2 A possibilidade do uso do aconselhamento genético

O aconselhamento genético é prática médica que pode ser utilizada tanto com objetivos de reprodução quanto com finalidade de identificar a possibilidade de manifestação de doenças no indivíduo e na família.

Como afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 134) o aconselhamento genético, quando utilizado com a finalidade de planejamento reprodutivo, busca saber a respeito da probabilidade de manifestação de doenças no futuro filho.

Cristiano Guedes e Débora Diniz (2009, p. 249) citam os limites éticos a serem observados pelo médico aconselhador nestas consultas. São eles a neutralidade moral, a não-diretividade do aconselhamento e a privacidade e a confidencialidade da informação genética. Mesmo sendo limites dirigidos ao profissional médico, estes se coadunam com os princípios do Direito e são necessários para a conformação dos critérios de restrição às vontades dos demandantes do planejamento procriativo.

Os três princípios éticos do aconselhamento genético surgem voltados aos aconselhadores como tentativa de desvincular esta prática das condutas eugênicas tradicionais e transformá-la em consultas médicas relacionadas a questões de saúde pública. Porém, atualmente é preciso acrescentar limites à autonomia privada daqueles que desejam identificar a presença ou a estimativa para o aparecimento de doenças nos futuros filhos.

A limitação básica para o uso do aconselhamento genético deve ser a finalidade estritamente terapêutica e, ainda que o objetivo esteja voltado para a prevenção de enfermidades hereditárias, há a necessidade de regulamentar os papéis desempenhados tanto pelo médico aconselhador quanto pelos progenitores. Através do aconselhamento genético, a eugenia positiva também pode ser realizada. O risco da criação de um banco de dados, no qual constem as informações genéticas dos indivíduos para posterior utilização como critério de seleção, é real e precisa ser evitado. Dependendo do uso que se faça do conhecimento acerca da identidade genética dos indivíduos é possível que as relações sociais se estabeleçam a partir da configuração do genoma da pessoa e o valor atribuído ao ser humano dependa do código genético que cada um possua.

José Sebastião de Oliveira e Denise Hammerschmidt (2008, p. 187) salientam o quanto delicado é o conhecimento das informações genéticas dos seres humanos quando dizem que, indo além do conhecimento, desnuda a pessoa humana, porque revela o mais íntimo de sua essência: a constituição genética ou genoma individual sua e de sua família. É

preciso ressaltar que, justamente em virtude deste conhecimento, proporcionado pelo aconselhamento genético, é que reside o risco das condutas eugênicas discriminatórias e reducionistas.

O ordenamento jurídico, juntamente com o aporte da Medicina e da Bioética, precisa disciplinar, além das situações legitimadoras do uso do aconselhamento, o destino que será dado a estas informações.

É pertinente que indivíduos que já possuem um histórico familiar de determinadas doenças, previamente estabelecidas pela Medicina, de transmissão hereditária, se submetam ao aconselhamento genético, se assim for do consentimento destes, na fase pré-conceptiva, a fim de identificar se há ou não probabilidade de transmissão da patologia com o intuito de evitá-la. Optando pela submissão ao aconselhamento e em posse das informações genéticas, deverá ser da escolha dos futuros pais, prosseguir ou não com o projeto parental, não cabendo interferência do médico aconselhador nesta decisão, em observância ao limite ético da não-diretividade e para que não ocorra a instituição de política sanitária eugênica.

O aconselhamento genético é prática que pode legitimar a escolha dos genitores pelo método da reprodução humana artificial do tipo heteróloga ou mesmo realizar a seleção de sexo do futuro filho, desde que fundamentada em finalidade terapêutica.

5.2.3 Os limites ao uso do diagnóstico pré-implantacional

Os exames de diagnósticos genéticos em embriões humanos em situação extracorpórea é outra técnica possibilitada pela biotecnologia genética e que de forma semelhante precisa ser regulamentada.

Se o aconselhamento permite o mapeamento do patrimônio genético dos já nascidos, o diagnóstico genético pré-implantacional se realiza com o mapeamento do código genético do embrião antes da sua implantação no útero materno. Neste caso já existe um embrião que, antes de ser implantado no ventre da genitora, será avaliado sobre a probabilidade de desenvolver doenças e sobre as condições próprias de viabilidade de vida e de desenvolvimento no período gestacional.

Afirmam Ramiro Gonçalves Sales e Régis Luiz Jordão de Alcântara (2012, p. 892) que o diagnóstico genético pré-implantacional é uma submissão do embrião a exame genético em busca da presença de anomalias, abrindo a possibilidade para os pais, conhecedores do genoma do embrião, resolverem não implantá-lo, inclusive permitindo a

realização de tratamento genético, que seria a manipulação do genoma embrionário a fim de corrigir doenças.

A partir da explicação dos autores já é possível concluir o quanto esta técnica pode ser nefasta para a humanidade, dependendo da utilização que se faça.

Não há o que se contestar que esta técnica representa um avanço da ciência médica, pois, como afirmado por Valéria Silva Galdino Cardin (2009, p. 5616), é possibilitado aos casais que evitem o risco de transmissão de alguma patologia genética aos seus descendentes e evita também uma gravidez que coloque a gestante em situação de risco a sua própria vida, impedindo até mesmo a ocorrência de abortos. Ramiro Gonçalves Sales e Régis Luiz Jordão de Alcântara (2012, p. 902) corroboram no sentido de defender que o DGPI é útil, se utilizado com objetivo terapêutico, no caso de preparar a gestante contra perigos.

Como exposto por Ana Thereza Meirelles (2014, p. 186-187) o diagnóstico genético pré-implantacional deve ser utilizado para identificar enfermidades genéticas graves, de modo que não sejam suscetíveis a tratamento ou em casos de alterações genéticas que comprometam a viabilidade ou desenvolvimento normal do embrião. Esses diagnósticos são importantes também para a saúde da futura mãe, uma vez que é possível evitar problemas gestacionais que impliquem em riscos físicos, bem como é possível evitar um aborto, que pode causar tanto sofrimento físico quanto psicológico à gestante.

Também no caso do DGPI é preciso que a Medicina e os Comitês de Bioética indiquem as patologias causadoras da inviabilidade da vida e desenvolvimento dos embriões e que, mesmo diagnosticada a presença de determinada doença, a decisão pela implantação ou não do embrião ficará a critério dos genitores.

Deixar que os futuros pais, demandantes dos procedimentos de reprodução medicamente assistida, façam uso do DGPI com a finalidade de escolher e determinar características do futuro filho seria legitimar a eugenia nazista, como se fosse eticamente aceitável que coubesse às pessoas a prerrogativa de determinar quem deve viver e sob quais condições. Nas palavras de Jurgen Habermas (2006, p. 107):

As intervenções eugênicas de aperfeiçoamento afetam a liberdade ética, na medida em que amarram a pessoa em questão a desígnios – rejeitados, mas irreversíveis – de terceiros, vedando-lhes assim a possibilidade de se ver espontaneamente a si mesma como única autora da sua própria vida.

O autor defende ainda que apenas nos casos de eugenia negativa, em que esteja em causa a prevenção de graves patologias, haveria boas razões para justificar o objetivo de diagnóstico e seleção em embriões humanos.

Não deve ser admitida sob nenhuma condição a realização do DGPI com finalidade distinta da terapêutica, que são aquelas relacionadas à eugenia positiva. Estas não encontram amparo ético e nem jurídico e não assiste razão à ciência médica para legitimá-las. Jurgen Habermas (2006, p. 108-109) denomina esta prática eugênica de determinar características do futuro filho sem respaldo terapêutico, de dependência genética, onde aquele que dispõe unilateralmente do patrimônio genético de outra pessoa, e aqui se amplia esta interpretação aos embriões humanos, assume uma postura paternalista de determinar os rumos genéticos daquele que foi programado.

6 CONCLUSÃO

As descobertas científicas e as inovações tecnológicas, sobretudo no que diz respeito à medicina reprodutiva, demandam preocupação com os valores éticos e morais, e com o futuro da espécie humana. Porém, não é possível negar que, ao mesmo tempo que causa temor pelas inovações até o presente momento conquistadas, a sociedade se vê fascinada diante das possibilidades anunciadas pela ciência médica de “fabricar seres humanos” e descobrir a cura de doenças.

Não é objetivo do presente trabalho, levantar barreiras ao progresso científico, especialmente quando se vislumbra, através da biotecnologia, a cura, prevenção e tratamento de doenças, mas, demonstrar com base em aportes éticos e jurídicos, as práticas seletivas que podem ser recepcionadas, por contemplarem finalidades terapêuticas, e as que devem ser rechaçadas no âmbito da reprodução humana artificial.

A autonomia privada adquire ênfase diante dos avanços científicos. Surgem novos direitos, bem como se ampliam o sentido e o alcance dos já existentes na ordem jurídica. Alega-se o direito à procriação com base no direito à saúde e ao livre planejamento familiar, ao mesmo tempo em que se reclama um suposto direito de escolhas e determinações genéticas sobre o futuro filho.

Não se desconhece o poder e a importância que detém a autonomia privada no ordenamento jurídico pátrio, em sua relação simbiótica, de concretização dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, a imposição de limites às liberdades individuais continua sendo de extrema relevância na busca pela inclusão e coexistência dos diferentes projetos de vida numa sociedade denominada plural, democrática, justa e solidária. Negar o estabelecimento de limitações às vontades particulares seria retroceder a um liberalismo e um individualismo exacerbado de outrora.

Em termos de reprodução humana artificial, diante das técnicas de diagnóstico e seleção, não é eticamente e juridicamente admissível que fique ao alvedrio dos demandantes das tecnologias procriativas, de forma absoluta, em nome de uma autonomia reprodutiva, decisões seletivas que determinem o futuro do patrimônio genético da criança e, por conseguinte, da humanidade. De igual modo, não é aceitável, de acordo com o princípio da dignidade humana e com os direitos fundamentais, que haja tamanha interferência na autonomia reprodutiva e de planejamento familiar dos indivíduos ao ponto de dificultar ou impossibilitar a satisfação destes direitos e das liberdades particulares, pois também

significaria um retrocesso, neste caso, a um modelo estatal excessivamente interventor. É preciso buscar o equilíbrio, conferindo autonomia aos autores dos projetos parentais, selecionando limites éticos e legais.

No ordenamento jurídico brasileiro não há regulamentação legal a respeito da reprodução humana artificial ou das possibilidades advindas da genética, através da manipulação de embriões e engenharia genética. A Lei de Biossegurança é lacunosa e nada esclarece ou normatiza sobre a manipulação de embriões *in vitro* e sua utilização com finalidade distinta da reprodutiva, ao contrário, favorece o surgimento de dúvidas sobre os limites do seu uso. Os termos utilizados na referida Lei são imprecisos, facilitando a utilização de ações eugênicas. Expressões como “pesquisa” e “inviáveis” são polissêmicas e por isso guardam conceitos vagos que precisam ser esclarecidos para alcançar o objetivo da norma.

Obviamente que o Direito precisa do aporte da Medicina, da Genética, que irão determinar os conceitos, posto que não é da competência da ciência jurídica a definição destes conteúdos. Cabe ao Direito normatizar e prever sanções para as condutas em desacordo com a lei.

O risco atual da conformação de condutas eugênicas, desassociadas de motivações terapêuticas, é considerável. As práticas médicas-científicas, em sede de reprodução humana assistida, acabam facilitando a utilização de ações seletivas voltadas a atender desejos sem nenhuma aplicabilidade prática. Mais uma vez, ressalta-se que a aplicação destas descobertas científicas, sem uma prévia reflexão da ética, da bioética e regulamentação jurídica, propiciam a aceitação de determinadas práticas sob o rótulo do progresso científico. Como as condutas seletivas, seja qual for a sua natureza, acontecem no ambiente da genética e da biomedicina, legitimadas pelo dito “progresso científico”, fica mais fácil a sua vinculação às práticas eugênicas clássicas de um passado segregacionista.

O que se mostra mais preocupante nesta sociedade biotecnológica, de aconselhamentos genéticos, diagnósticos genéticos pré-implantacionais, utilização de células-tronco embrionárias para salvar vidas é a possibilidade de se concretizarem atuações eugênicas do tipo positiva, de escolha de gêneros e de fenótipos a atender interesses particulares que caracterizam preferências discriminatórias.

As supracitadas técnicas para diagnósticos de doenças hereditárias que inviabilizam a vida ou expõem os portadores a uma existência de severas restrições e sofrimentos, quando efetivamente utilizadas para fins terapêuticos devem ser aceitas e

adotadas, haja vista, através das mesmas, estar mantida a tutela do direito à saúde, o respeito à dignidade, a atenção e solidariedade com a vida humana.

É imperioso salientar que, apesar do sentido de eugenia estar carregado de significado pejorativo, dadas as circunstâncias do passado, as condutas de natureza terapêutica também são ações seletivas, porém relacionadas à eugenia negativa. A sua diferença com a eugenia positiva reside na finalidade terapêutica.

Também é possível que sejam aceitas e adotadas as técnicas de utilização de células-tronco provenientes de embriões humanos excedentários ao procedimento da reprodução artificial. Essa prática de manipulação genética é semelhante ao aconselhamento genético e ao diagnóstico genético pré-implantacional pela sua finalidade terapêutica. A utilização das células-tronco embrionárias se justifica pelo seu objetivo de salvar a vida dos já nascidos. Desde que estes embriões não tenham sido “criados” para atender precipuamente a esta finalidade e que já não sirvam ao objetivo da reprodução, melhor do que descartá-los, será utilizá-los em prol da vida de pessoas.

Não importa a denominação que receba, a eugenia deve ser combatida, em todas as suas formas discriminatórias, segregacionistas, de busca do ser humano “perfeito”, “construído” sob condições fenotípicas e psíquicas, a atender vontades ou caprichos particulares. A seleção de características físicas e aptidões intelectuais, a escolha do sexo do filho sem objetivo terapêutico, a escolha do doador, por motivação diversa da terapêutica nos procedimentos de reprodução artificial heteróloga, a engenharia genética, a clonagem sem fins terapêuticos, consubstanciam ações eugênicas discriminatórias e altamente nefastas para as presentes e futuras gerações.

O embrião humano em situação extracorpórea é merecedor de tutela da ordem jurídica vigente pelo valor inegavelmente ontológico que possui como integrante da espécie humana, detentor de uma relativa proteção em face de condutas que os instrumentalizem e pela individualidade genética que possuem. Entretanto, esta proteção que são merecedores os embriões *in vitro*, não se refere apenas a eles considerados individualmente e sim a toda humanidade, uma vez que as condutas seletivas com finalidades segregacionistas, de “aperfeiçoamento”, atentam contra o patrimônio genético da espécie humana, alterando o seu estado natural de integridade e diversidade.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-247.

ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar no Brasil: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, nov. 2009, p. 10150-10177.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 248-270.

_____. A clonagem humana para fins reprodutivos: um debate não concluído. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 177-195.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: Constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Nos Limites da Vida: Aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 241-263.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. 1 ed. Portugal: Coimbra, 1969.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. *In*: **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Vol. 5. 2005, p. 69-87.

_____. A Disponibilidade Relativa dos Direitos da Personalidade. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111-154.

BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: Maternidade e procriação assistida. **Revista Trimestral Psicologia em Estudo**. Maringá: Departamento de Psicologia – Universidade Estadual de Maringá, v. 10, n. 1, jan./abr. 2005, p. 11-18.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/2005**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Tcor%20ADI%20%203510>. Acesso em: 31 maio 2015

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Compacto. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei Complementar nº 95**, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

_____. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Compacto*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. *Vade Mecum Compacto*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Projeto de Lei nº 1.184**, de 2003 em substituição ao projeto original nº 90/1999. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. **Resolução nº 2.121**, de 24 de setembro de 2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2015_2015.pdf>. Acesso em: 23 de outubro 2015.

_____. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf>. Acesso em: 29 maio 2015.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional. Direitos fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

CAMPOS, Carolina Lopes Cançado. Risco de uma nova forma de eugenia em face do conhecimento do patrimônio genético humano. **Revista Parlatorium**. Belo Horizonte: FAMINAS, 2008, p. 2-16.

CANCINO, Emilssen González de. Eugenia: avanço ou retrocesso?. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 265-305.

CARDIM, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, nov. 2009, p. 5608-5630.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPodium, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DUWELL, Marcus. Clonagem – Dimensões da Reflexão Ética. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 333-345.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. A responsabilidade dos profissionais sanitários no marco do assessoramento genético. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 63-127.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.35, jul./set. 2008, p. 101-119.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FELDHAUS, Charles. Habermas, eugenia liberal e o direito à liberdade reprodutiva. **Revista Trimestral Fragmentos de Cultura**. Goiânia: PUC Goiás, v. 18, n. 7/8, jul./ago. 2008, p. 543-553.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Mônica Neves. Neoeugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. **Revista Bioética**. 2010, v.18, p. 121-130.

GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 301-308.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. A ética na história do aconselhamento genético: um desafio à educação médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, n.33, 2, 2009, p. 247-252.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

HARRIS, John; BORTOLOTTI, Lisa. Investigação com células-tronco, personalidade e consciência. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 307-331.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n. 27, out./dez. 2004, p. 47-56.

MALANDA, Sergio Romeo. A incidência da genética no direito (humano) ao matrimônio. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 339-374.

MARQUES, Claudia Lima. Comentário ao artigo 218, caput. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1993-1997.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. 1. ed. Salvador: JusPodivn, 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-27.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226, parágrafo 8. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2114-2123.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A Preservação da Vida em Face da Biotecnologia: Inserção de Novas Antinomias no Direito Penal. **Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador: v. 8, jul./dez, 2007, p. 75-86.

MORALES, Maria Rosario H. Sanchez. Os desafios da biotecnologia humana no século XXI. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 231-264.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. *In*: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus, 2007. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/diogo_luna_moureira.pdf> Acesso em: 03 jul. 2015, p. 92-118.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'ana de. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**. Brasília: v. 15, n. 2, 2007, p. 170-185.

OLIVEIRA, José Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética. *In: Revista Jurídica Cesumar*. Maringá: v. 8, n. 1, jan./jun. 2008, p. 179-191. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/728/564> Acesso em: 26 out. 2015.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **O direito à reprodução humana assistida – da teoria a concretização judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SALES, Ramiro Gonçalves; ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de. Diagnóstico genético de pré-implantação, dignidade da pessoa humana e eugenia liberal. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, jun. 2012, p. 878-909.

SANT'ANA, Maurício Requião. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org).* **Dimensões da dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Comentário ao artigo 196. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.).* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1931-1937.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. *In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords).* **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 107-145.

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SERRÃO, Daniel. Estatuto do Embrião. **Revista Bioética**. Brasília: v. 11, n. 2, 2003, p. 109-116.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIMIONI, Fabiane. Tecnologias conceptivas: gênero e poder em uma demanda por filhos. **Revista de Estudos Jurídicos**. Franca: v. 39, jan./jun. 2006, p. 33-44.

SOUZA, Alan Rocha de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Selecionando desejos e restringindo direitos: reflexões sobre a elegibilidade individual à reprodução assistida. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, nov. 2009, p. 1156-1176.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Comentário ao artigo 225, parágrafo 1º, inciso II. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2087-2090.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.