XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

SERGIO PEREIRA BRAGA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Sergio Pereira Braga, Tereza Cristina Monteiro Mafra, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-306-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Curitiba/PR, entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas, em especial, aquelas controvertidas e originais, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores e as instituições de ensino superior.

Os trabalhos aprovados exploraram o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito frente à cidadania e ao desenvolvimento sustentável. Considerando a extensão do tema, o grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, concentrou sua abordagem ao âmbito familiar e aos reflexos jurídicos e sociais que dele refletem, como os direitos sucessórios.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes à advocacia colaborativa, à reprodução humana assistida, à tutela jurídica das famílias simultânea e poliafetiva, ao abandono afetivo, à adoção intuitu personae, ao imposto de renda na pensão alimentícia, à liberdade de testar, à mediação familiar, à multiparentalidade forçada, dentre outros.

Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI visa estimular a reflexão e a quebra de paradigmas relacionados aos mais diversos assuntos entre especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores. Para tanto, possibilita a apresentação de artigos, de pôsteres, assim como de palestras, buscando a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM e UNICESUMAR

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga - UNINOVE

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - FDMC

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PROCESSOS DE FERTILIZAÇÕES IN VITRO: LIMITES ENTRE A LIBERDADE DE ESCOLHA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PROCESS IN VITRO FERTILIZATIONS: BOUNDARIES BETWEEN FREEDOM OF CHOICE AND HUMAN PERSON'S DIGNITY

Thami Covatti Piaia [1]
Juliane Pacheco [2]

Resumo

O presente trabalho, tem por objetivo principal tecer algumas considerações sobre os limites existentes entre liberdade de escolha, dignidade da pessoa humana e reprodução humana assistida, analisando, alguns casos polêmicos e suas consequentes implicações jurídicas e sociais. Em alguns contextos, gerados a partir do surgimento de inovações na área da reprodução humana assistida, surgiram situações problemáticas, que afetaram negativamente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o que se pretende expor é como o uso inconsequente e irresponsável dessa tecnologia pode resultar em prejuízos para a dignidade e para os direitos fundamentais dos envolvidos.

Palavras-chave: Fertilizações in vitro, Liberdade de escolha, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This work has as main objective to make some observations on the existing boundaries between freedom of choice, human dignity and human assisted reproduction, analyzing, some controversial cases and their consequent legal and social implications. In some contexts, generated from innovations arising in the area of assisted human reproduction, appeared problematic situations, which adversely affected the dignity of the human person. So, what is intended is exposed as reckless and irresponsible use of this technology could result in damage to the dignity and the fundamental rights of those involved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: In vitro fertilizations, Freedom of choice, Human person's dignity

[1] Doutora em Direito e Professora na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

[2] Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES. E-mail: julianepacheco2009@hotmail.com

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devido às inúmeras transformações pelas quais o mundo vem passando, observamos que a ciência, juntamente com a tecnologia, estão empenhadas, buscando respostas e soluções para as dificuldades muitas vezes encontradas na reprodução humana.

Para tanto, quanto às questões de infertilidade e esterilidade, a biotecnologia trouxe uma forma de amenizar esta dificuldade, com o advento da Fertilização *In Vitro*, técnica popularmente conhecida como "bebês de proveta", sendo a Fertilização *In Vitro*, um método de reprodução humana assistida, que atenua as dificuldades enfrentadas por pessoas que não podem gerar, naturalmente, os seus filhos.

Por mais que a técnica de Fertilização *In Vitro*, traga um alívio para aqueles que não conseguem reproduzir-se de forma natural, por vezes, o que era para ser um recurso benéfico para os envolvidos, em alguns casos, acaba gerando situações delicadas, afetando diretamente os direitos fundamentais e a dignidade do ser humano.

Portanto, diante disso, questionamos, quais seriam os limites existentes entre a liberdade de escolha do ser humano, a dignidade da pessoa humana e a reprodução humana assistida?

Desta forma, na presente pesquisa, pretendemos analisar alguns casos polêmicos e complexos de fertilizações e suas implicações jurídicas e sociais, como o caso da mãe americana que escolheu um doador branco, e por um erro de código do sêmen, no banco de material genético, a criança nasceu negra. Também, o caso de um casal homossexual australiano que contratou uma barriga de aluguel na Tailândia, onde esta prática até o surgimento do presente caso, era permitida para casais estrangeiros e, após a fertilização, onde nasceram dois bebês, gêmeos, uma menina e um menino, em que o menino, Gammy, nasceu com Síndrome de Down, tendo o casal abandonado a criança na Tailândia.

Por conta de acontecimentos como esses, é que o uso dessa técnica precisa ser analisado cuidadosamente. Casos assim merecem atenção, pois afetam a sociedade, o direito e a dignidade das pessoas envolvidas, conforme será exposto no decorrer do texto.

1. O SURGIMENTO DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO:* UMA INOVAÇÃO PARA A SOCIEDADE

Atualmente, podemos observar os grandes e importantes avanços em inovações científicas e tecnológicas, que vem ocorrendo em relação à reprodução humana assistida. Contudo, estes avanços, que surgiram com a finalidade de beneficiar o ser humano, acabam provocando, por vezes, algumas situações delicadas, no que diz respeito ao início e ao fim da vida, à reprodução humana assistida, ao aborto, à eutanásia, ao descobrimento do procedimento de perícia em DNA, e à clonagem, para citarmos alguns exemplos.

Dessa forma, segundo o pensamento trazido por Andresa Corrêa da Silva e Adriane Damian Pereira, podemos dizer que:

> [...] intervenções biotecnológicas fazem parte, se não da natureza, ao menos da cultura humana, uma vez que o ser humano sempre observou o que ocorria ao seu redor e sempre atuou no sentido de obter mudanças que favorecessem as suas necessidades. É notório e inquestionável o avanço meteórico no âmbito técnico-científico, que vem cada vez mais desvendando mistérios, mitos e tabus, da medicina, da reprodução humana. (SILVA; PEREIRA, 2009, p. 159-160)

Contudo, apesar dos inequívocos benefícios gerados para o ser humano, estes avanços tecnológicos também trazem consigo, questionamentos éticos, de ordens morais, que a prática da *Fertilizações In Vitro,* por exemplo, estaria provocando em alguns contextos.

Segundo Isabel Bretas Duarte:

> Esse conhecimento científico é uma conquista recente da humanidade, mas nessa procura incessante e até descontrolada da objetividade e certeza das coisas, o ser humano muitas vezes deixa de lado valores éticos, os quais têm de fazer parte da ciência, pois a ciência não constitui um valor em si mesmo; não é capaz de se pensar. (DUARTE, 2012, p. 33)

Com a técnica da *Fertilização In Vitro,* aconteceu uma mudança quanto à reprodução humana, pois a partir disso, tornou-se possível a escolha das características genéticas a serem transmitidas para o futuro descendente. Dessa forma, "a biotecnologia é capaz de responder e criar novas necessidades ao mesmo tempo." (SILVA; PEREIRA, 2007, p. 164)

Diante desse contexto, observamos que o uso da ciência deve ser utilizado de forma equilibrada, pois ela pode ocasionar tanto consequências positivas como negativas:

> [...] ao mesmo tempo em que está a serviço da vida propiciando melhorias na qualidade desta, contraditoriamente também acaba por ameaçá-la, quando manipula

> e intervém na vida de outras pessoas, ora para a obtenção de curas para doenças, ora impulsionado apenas pela necessidade de dominar o conhecimento. (SILVA; PEREIRA, 2007, p.151)

Então, nesse primeiro momento, faz-se necessária, uma análise sobre a origem e conceituação dessas inovações na reprodução humana assistida, para que possamos refletir sobre os vários questionamentos e situações que surgiram desde então.

Segundo estudo feito por Edna Oliveira Gonçalves têm-se notícias de que a técnica de fertilização surgiu no século XIX, com o cientista Shenk, que teve sua tentativa frustrada. Porém, mais tarde, outros pesquisadores tentaram novamente, e assim, em 1969, dois cientistas, Edwards e Steptoe, obtiveram êxito com as suas tentativas, surgindo assim, a reprodução humana assistida, através da técnica de *Fertilização In Vitro*.

No artigo Reprodução Assistida: um pouco da história, escrito por Marisa Decat de Moura, Maria do Carmo Borges Souza e Bruno Brum Scheffer, os avanços na reprodução humana ocorreram a partir de 1978,

> [...] com o nascimento de Louise Brown, ou após a rápida disseminação da técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozóides pelo mundo desde 1992, o potencial da reprodução assistida tem se mostrado aparentemente ilimitado. Isso remete a questões inéditas, ou mesmo fundamentais, relacionadas à estrutura celular, à genética, à manipulação dos gametas e embriões, ao diagnóstico genético pré-implantação, à seleção de embriões, ao estudo genético das células-tronco embrionárias, à clonagem terapêutica. E acrescentam-se as questões relativas às mudanças/efeitos dessas práticas médicas nas práticas sociais. (MOURA; SOUZA; SCHEFFER, 2009, p. 01)

Por conta disso, um grande desafio que se tem atualmente é o de tornar a técnica de *Fertilização In Vitro*, que é de elevado custo, mais acessível àqueles que dela necessitam, (SOUZA, DECAT, GRYNSZPAN, 2008, p. 02), pois, os fatores pela busca desta nova tecnologia atualmente são inúmeros, seja por infertilidade, esterilidade, de ordem biológica ou psicológica, seja porque as mulheres estão adiando os planos de maternidade, seja pela vontade de formar uma família monoparental ou até mesmo para os casais homossexuais que atualmente estão utilizando esta técnica para gerarem seus filhos.

É por conta disso, que:

> A literatura médica ressalta hoje repetidamente a importância de trabalhos de pesquisas sobre homens e mulheres que procuram tratamento para infertilidade, localizando a porcentagem da população mundial, que continua aumentando à razão de 1,2%/ano, o que equivale a um adicional de 80 milhões de pessoas/ano. (MOURA; SOUZA; SCHEFFER, 2009, p. 01)

Dessa forma, é possível observar que o número de fertilizações, está crescendo muito apesar do seu alto custo, e continua crescendo a procura por esta técnica nos últimos anos.

Ao mesmo tempo, em decorrência de alguns casos, como o da criança que nasceu negra, devido a um erro de digitação no código do sêmen, pelo banco de material genético, e, devido ao caso do bebê que nasceu com Síndrome de Down, tendo sido abandonado pelos pais biológicos, pode-se perceber o lado negativo do uso das fertilizações *in vitro*, uma vez que, a liberdade de escolha do ser humano por optar ter um filho pelo uso deste método, não pode afetar a dignidade da pessoa humana, assim como os direitos fundamentais dos envolvidos.

Dessa forma, diante de casos como os citados acima, percebemos que o assunto merece reflexão, a fim de analisarmos em que medida os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana estão sendo protegidos pelo sistema diante do uso, muitas vezes, ilimitado, inconsequente e irresponsável deste recurso tecnológico para a reprodução humana assistida.

1.1 Formas de Tratamento da Infertilidade

Sobre o assunto de fertilizações, é importante, fazermos um pequeno adendo explicativo, pois, atualmente existem diversas formas de tratar a infertilidade por meio da fertilização, ou seja, existem formas diferentes de fazê-la.

Segundo o site especializado no assunto, são cinco os principais tipos de tratamentos existentes, quais sejam: "*Fertilização In Vitro* (FIV); Indução da Ovulação; Inseminação Intrauterina; Transferência Intratubária de gametas; ICSI." (2016)

Cada técnica possui a sua particularidade, assim, a *Fertilização In Vitro* (FIV), popularmente denominada de "bebê de proveta", é o procedimento em que,

> vários óvulos são removidos por aspiração folicular, e são colocados juntamente com os espermatozoides do parceiro (ou doador). Cada óvulo é inserido em meio de cultura que contém cerca de 40.000 espermatozoides capacitados. A fecundação ocorre espontaneamente. É indicado para casais que já tentaram outros métodos ou para aqueles que têm impossibilidade de obter uma gravidez por métodos naturais ou assistidos. Apresenta 60% a 70% de índice de sucesso. (2016)

A indução da ovulação, conforme o próprio nome diz, é um procedimento que tem por objetivo estimular o ovário a produzir óvulo em época fértil da mulher para realizar relações sexuais a fim de obter como resultado a reprodução. Para essa técnica ter sucesso, "é

necessário o monitoramento da resposta dos ovários, para que não haja mais de um folículo maduro ou uma hiperestimulação dos ovários.” (2016). Esta técnica é indicada para mulheres que apresentam dificuldade na ovulação, e em casos de ovários policísticos.

A inseminação intrauterina consiste na técnica em que se realiza uma “injeção de espermatozoides vivos dentro do útero, geralmente 36 horas após a ovulação.” (2016). Esta técnica pode ser utilizada em casos de distúrbios da ovulação, de muco cervical hostil e endometriose leve, quando não há obstrução das trompas.

A transferência intratubária de gametas é o procedimento em que é feita uma “inserção conjunta de gametas masculinos e femininos dentro das tubas uterinas.” (2016). Este procedimento é indicado para os mesmos distúrbios citados no parágrafo anterior e, também, para quando não há uma causa determinada de infertilidade.

A técnica ICSI, é uma variação da fertilização *in* vitro, e, “consiste na utilização de, injeção introcitoplasmática de espermatozoide. É realizado por meio de uma injeção de um espermatozoide dentro de um óvulo por meio de micromanipulação.”(2016).

Assim, após este breve adendo sobre as principais formas de tratamento para a infertilidade humana, é importante concluir que, embora existam diversas formas de realizar a fertilização, o médico especialista deve ser consultado, pois ele é que deve indicar qual o método mais adequado para tratar cada caso.

2. AS FERTILIZAÇÕES *IN VITRO* EM X-MEN E A FILOSOFIA

Dito isso, nos reportamos a alguns questionamentos feitos no Capítulo V da obra X-men e a Filosofia, que ensejou a necessidade de realizar essa reflexão: usarmos desta tecnologia para nos transformarmos, para termos filhos com aparência premeditada, escolher quais características genéticas reproduzir, este desejo, seria compreensível ou até digno de louvor?

> Ou é um desejo que deve ser encarado com ceticismo, horror ou até condenação? Vivemos à beira de um mundo em que a engenharia genética, a manipulação farmacológica e os implantes cibernéticos abrem oportunidades para uma pessoa se tornar algo perto de um verdadeiro mutante. Logo, talvez possamos nos alterar a ponto de atingir aquilo que alguns mutantes fictícios já possuem: mais força, inteligência, agilidade, imunidade, longevidade (embora provavelmente o controle climático fique de fora). Isso é ruim? É errado nos esforçarmos a quebrar os limites do que é humano? Os transumanistas acham que não. (IRWIN, 2009, p.28)

Na obra de Irwin, são abordadas duas correntes, a do Movimento Transumanista e a dos Bioconservadores, onde a primeira prega que a tecnologia deve ser usada para aperfeiçoar os seres humanos, pois é possível ir além dos limites biológicos. Já a segunda corrente, defende a preservação das condições biológicas normais dos seres humanos. Diante destas correntes abordadas, importante ressaltar que neste artigo, seguiremos a segunda corrente, a dos Bioconservadores, que limita o uso das tecnologias, devendo o ser humano ser preservado em sua condição normal.

No entanto, observamos que esta obra faz uma crítica quanto ao uso indiscriminado das tecnologias, principalmente às ligadas ao campo da engenharia genética, uma vez que lidamos com seres humanos, não somos produtos para sermos projetados desta ou daquela forma, e se não nascermos conforme pretendido, não podemos ser descartados como objetos.

É por conta disso, que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, devem ser utilizados como balizas norteadoras do desenvolvimento biotecnológico sobre a reprodução humana assistida, a fim de que situações invasivas e agressivas sejam evitadas, ou, quando ocorram, que seus mentores sejam responsabilizados.

2.1 Fertilizações *In Vitro*: Industrialização de Filhos

Devido a situações polêmicas e injustas, como a dos casos acima mencionados, nos questionamos se esta técnica veio realmente auxiliar aqueles que por diversas razoes, não conseguem gerar seus próprios filhos, ou se veio para se tornar uma indústria de filhos, onde os "não perfeitos" são abandonados a sua própria sorte?

Desta forma, neste ponto, faremos uma abordagem crítica sobre a Fertilização *In Vitro*, uma vez que o uso desta técnica de reprodução humana assistida, quando transcende os limites da dignidade da pessoa humana, pode se tornar uma industrialização de filhos, pois cada vez mais, devido à liberdade de escolha, pessoas fazem mais exigências, ou seja, optam pela escolha do doador que lhe dará o filho com as características desejadas: brancos, loiros, olhos claros, altos e inteligentes. Este é o padrão que vem sendo cada vez mais procurado, no mercado da fertilização. Contudo, para satisfazer esses desejos, a escolha pela fertilização, pode estar se tornando um "processo de industrialização de filhos".

Conforme William Irwin, em sua reflexão, aduz:

> [...] às vezes, valorizamos uma característica apenas porque as outras pessoas não a têm. Compare a condição de ser saudável com a de ser alto. Todas as pessoas

> poderiam ser saudáveis, não ter doenças, nunca se ferir, e todos nos beneficiaríamos com isso. Mas nem todos podem ser altos, porque "alto" é uma ideia comparativa. Você só é "alto" em relação a alguém mais baixo. Se todas as pessoas tivessem 1,9 metro de altura, então 1,9 metro seria o padrão, não o "alto". (IRWIN, 2009, p. 29)

O autor provoca ainda outras reflexões, tais como: "[...] qual é nossa motivação para superar o homem? [...] qual é nossa motivação para não querer isso?" (IRWIN, 2009, p.30). Com esses questionamentos, o autor nos demostra e nos faz pensar o quanto o ser humano deseja ser controlador, pondo em questão, o porquê de sermos assim.

Um dos motivos, pode ser o avanço da engenharia genética e da tecnologia, que fizeram com que o homem se sentisse capaz de dominar o mundo, uma vez que "o domínio do código genético não só desvenda os poderes da natureza, mas também confere certa habilidade sedutora para redesenhar as fronteiras da existência humana e mutante." (IRWIN, 2009, p. 63)

Contudo, essa sensação de poder absoluto, deve ser reprimida, limitada. Devemos respeitar a natureza humana, conforme os bioconservadores defendem, pois a escolha de um indivíduo não pode violentar a dignidade das pessoas humanas.

3. CASOS POLÊMICOS DE FERTILIZAÇÕES *IN VITRO*: ANÁLISES E REFLEXÕES

Neste tópico serão feitas análises e reflexões sobre dois casos específicos e polêmicos de fertilizações *in vitro*. O primeiro, conforme preliminarmente relatado, é o caso da criança americana que nasceu negra, por um erro do banco de sêmen, na hora de digitar o código do doador, sendo que o doador escolhido era branco, assim como a mãe. O segundo caso é o da criança que foi gerada em barriga de aluguel na Tailândia, e que foi abandonada pelos pais por ter nascido com Síndrome de Down.

No primeiro caso, observa-se uma dupla agressão à dignidade humana, tanto com relação à filha, quanto com a mãe, pois ambas, por um erro não previsto, sofrem inúmeras consequências, sendo uma delas, o enfrentamento do preconceito, devido à cor da pele da criança ser diferente da cor da pele da mãe e de toda a família da mãe.

No segundo caso, percebe-se uma violência para com a dignidade humana do recém-nascido portador de Síndrome de Down, que sofre por ter sido abandonado em condições de pobreza, necessitando de inúmeros cuidados especiais, assim como, para com a mulher contratada para ser barriga de aluguel.

3.1 Primeiro Caso: A Troca de Sêmen nos Estados Unidos

Inicialmente, cabe contextualizarmos, que o caso ocorreu no estado de Ohio, nos Estados Unidos, onde um funcionário do banco de sêmen trocou um algarismo do número que o doador estava cadastrado, e, assim a americana Jennifer Cramblett, recebeu o sêmen errado. Segundo notícias, a mãe só descobriu o erro, quando pediu mais sêmen para que sua companheira, Amanda, também engravidasse para dar um irmão à filha que ela estava gerando.

Diante deste erro, importante trazermos para a reflexão, a lição de William Irwin, que nos diz, que:

> [...] o conhecimento é poder, e o poder sempre tem uma margem de perigo. O poder de curar inclui o de matar. O poder de preservar a vida inclui o de prolongar o sofrimento. O poder de identificar diferenças inclui o de isolar e oprimir aqueles que são diferentes. O poder de ler informação genética inclui o de furtar dos indivíduos sua liberdade e responsabilidade. E o poder de manipular a estrutura genética de humanos, animais e plantas inclui o de causar desastre, seja por intenção hostil ou por mero erro de cálculo. (IRWIN, 2009, p. 64-65)

Dessa forma, o erro cometido pelo funcionário do banco de material genético, torna-se gravíssimo, ferindo a liberdade de escolha da mãe, que optou por ter uma filha que tivesse a mesma cor da pele que ela, pois, se não quisesse assim, juntamente com sua companheira poderia ter adotado uma criança, com outras características genéticas.

Segundo a notícia do caso, publicada no site *NBC News*, Jennifer ingressou em juízo com demanda contra o banco de sêmen, alegando que sua filha ficará estigmatizada por sua família e pelo bairro preconceituoso em que vive. O advogado de Jennifer criticou o banco de sêmen, alegando que a escolha por um doador para realização da fertilização, não é como escolher uma pizza, pois está se tratando de uma vida, que merece ser cuidada com respeito e dignidade.

Diante desse caso, salta aos olhos a questão do preconceito sofrido principalmente pela criança, dentro da própria família, e porque não dizer da própria mãe, já que a ação judicial contra o banco de sêmen nos faz acreditar que a mãe também possui ressentimento por ter uma filha negra.

Dessa forma, podemos observar que na opção por fertilização, erros podem ocorrer, gerando situações delicadas, agredindo a dignidade da pessoa humana. No caso citado, duplamente, pois mãe e filha sofrem com preconceito e estigmatização, que ferem diretamente a dignidade de ambas.

Também, importante assinalar que, o referido caso retrata bem uma questão de consumismo, como uma forma de industrialização, comercialização de filhos em que, caso o produto, ou seja, se o filho não nascer como se pretendia dentro dos padrões determinados pela mídia por uma cultura de massa que Umberto Eco chama de "anticultura" os padrões determinados pela mídia (2011, p. 08), acaba culminando em ações judiciais e muito preconceito. Dessa forma, a obra Apocalípticos e Integrados, de Umberto Eco, nos faz refletir sobre essa busca do ser humano pela produção de super-homens, através das fertilizações, como uma indústria cultural de pessoas superdotadas (2011, p. 11), pois essa prática, de cultuar o que a sociedade acredita ser "normal", dentro dos padrões, acaba por ferir a dignidade humana das pessoas envolvidas, como o que se vê no caso analisado.

3.2 Segundo Caso: Uma Criança Portadora de Síndrome de Down Abandonada na Tailândia

O segundo caso a ser analisado ocorreu na Tailândia, com o uso de barriga de aluguel, que até então[1] era permitida para casais estrangeiros. No caso exposto, um casal homossexual australiano usou do próprio material genético[2] para a fertilização em uma barriga de aluguel na Tailândia. Dessa gestação, nasceram gêmeos.

Durante a gestação, a agência de maternidade, os médicos e os pais dos bebês, souberam, aos quatro meses, da condição de uma das crianças, porém, a barriga de aluguel não foi informada até o sétimo mês da gestação, quando então teve notícias de que um dos bebês nasceria com Síndrome de Down, por conta de uma requisição que recebeu da empresa a pedido do casal para que ela abortasse.

Devido as suas crenças religiosas, ela não abortou o feto com Síndrome de Down, e, após o nascimento, acabou ficando com o bebê porque o casal o rejeitou. Sendo assim, o casal ficou somente com o bebê que nasceu em perfeitas condições de saúde, por eles considerado "normal", levando-o para a Austrália, deixando o irmão gêmeo a mercê da pobreza, enfrentando inúmeras dificuldades.

---

[1] Segundo o Jornal *El Mundo*, as barrigas de aluguel foram proibidas na Tailândia depois de dois escândalos ocorridos, o primeiro foi do caso relatado e o segundo foi de um japonês que teve dez filhos com barriga de aluguel na Tailândia, a fim de garantir a sua prole e assegurar sua descendência. Até então, a legislação tailandesa não era clara sobre o procedimento, e, a partir destes dois casos, agora a lei ficou rígida sendo proibida a barriga de aluguel, com um ano de prisão para o médico que realizar e dez anos de prisão para a barriga de aluguel. Fonte: http://www.elmundo.es/internacional/2015/07/30/55ba26ea268e3ed7168b45b7.html.

[2] Foi utilizado do próprio material genético, espermatozoide, de um dos integrantes do casal para fecundar com o material genético, óvulo, da tailandesa, ou seja, os bebês gerados eram filhos biológicos de um deles. Fonte: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150219_tailandia_barriga_aluguel_ru.

Diante deste caso, importante ressaltarmos que o aborto na Tailândia: "[...] só é legal em caso de violação, se estiver em causa à saúde da mãe, malformação fetal, ou em caso de incesto." (2015, p. 01). No entanto, a barriga de aluguel, só não o fez, devido as suas crenças religiosas que proíbem esta prática. Na Austrália, onde moram os pais do bebê abandonado, "[...] o aborto é admitido, embora dependa de autorização médica." (TORRES, 2012, p. 01).

Diante deste caso cruel, nos reportamos ao conceito de normalidade, ou seja, o que é ser normal? Ser portador de Síndrome de Down faz um ser humano ser menos digno que alguém? Diante desses questionamentos, William Irwin, magistralmente se refere às pessoas portadoras de alguma síndrome como sendo mutantes, e quem não gostaria de ter super poderes e ser um mutante?, então Irwin nos coloca que há dois grupos sobre o questionamento proposto:

> [...] com respostas do mundo real à pergunta: "Quem não gostaria de ser mutante?". Os transumanistas não querem ser mutantes, nem ter a espécie de deformidade ou fraqueza anormal que interfere na vida, mas amam a ideia de ser extraordinários de todas as maneiras bonitas e poderosas que possam imaginar. Os bioconservadores não querem nenhuma espécie de mutação. Para eles, o normal é uma obrigação moral. Claro que ser "normal" é relativo. Se todos nos tornamos extraordinários, em comparação, não acabaremos sendo normais de novo? [...]. (IRWIN, 2009, p. 29).

Dessa forma quanto ao conceito de normalidade, Irwin segue dizendo que a maioria dos ditos "normais" como se costuma chamar as pessoas sem anomalias, aparentemente perfeitas, também possuem "[...] uma carga de anormalidades genéticas, incluindo uma grande quantidade de mutações letais (porém, não recessivas)." (IRWIN, 2009, p. 71). No entanto, isto serve para que se possa refletir sobre a discriminação que se faz, uma vez que, segundo o autor ninguém é completamente perfeito, todos possuímos um defeito, uma mutação, conforme ele coloca em seu texto.

Também, outro ponto que o autor aborda é a questão da discriminação, pois segundo ele, devemos tratar as pessoas portadoras de anomalias como "pessoas como nós", e assim passarmos a ver os indivíduos como sujeitos, como cidadãos, como pessoas, seres humanos, dignos como qualquer outro, e não como objetos, pensamento que cabe muito bem ao caso em comento, onde o bebê nascido com Síndrome de Down foi tratado pelos pais como um objeto descartável.

Por fim, diante do caso relatado, observamos uma violência para com a dignidade humana do recém-nascido, portador de Síndrome de Down, que sofre com a rejeição dos pais, tendo sido abandonado por eles nestas condições, necessitando de inúmeros cuidados especiais, assim como, para com a mulher contratada para ser barriga de aluguel.

No entanto, é diante de casos como esses, que concluímos que deve haver uma forma efetiva de proteção dos direitos fundamentais, e, atitudes como estas, abandono, rejeição, serem punidas, uma vez que a liberdade de escolha destes pais de rejeitar um filho com Síndrome de Down, afeta diretamente a dignidade humana, da criança e da barriga de aluguel contratada, que sem culpa alguma, nessa situação foram colocados.

4. LIMITES EXISTENTES ENTRE LIBERDADE DE ESCOLHA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Inicialmente, importante fazermos uma breve abordagem sobre o que seriam os direitos fundamentais, que segundo Robert Alexy, são "[...] somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição [...]." (ALEXY, 2011, p. 69)

Segundo Marcelo Neves,

> Os direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. [...] através dos direitos fundamentais a Constituição moderna, enquanto subsistema do direito positivo, pretende responder às exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados. (NEVES, 2011, p.75)

Dito isso, no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados Democráticos, houve a necessidade dos textos constitucionais incorporarem valores fundamentais, éticos e morais. E, é por conta disso que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou respeito e espaço no ordenamento jurídico. Diante disso, importante salientarmos que a dignidade humana é um princípio que deve alcançar a todos.

> Devido ao alcance que este princípio é capaz de atingir faz-se muito importante trazê-lo para a reflexão acerca do tema proposto, uma vez que os avanços tecnológicos na seara da Fertilização *In Vitro* "devem ser mensurados com o princípio da dignidade da pessoa humana, para que não se incorra no risco da coisificação do homem, ou seja, o ser humano passe a ser considerado bem passível de ser apropriado pelo mercado". Posto que, a instrumentalização do homem atinge diretamente a dignidade da pessoa humana. (DA SILVA; PEREIRA, 2007, p. 172-173)

Não pode-se negar a importância da pesquisa científica e a importância que ela possui nos casos de fertilizações, pois geraram uma revolução na vida de muitas famílias que por algum motivo ou outro não poderiam gerar de forma natural seus filhos. No entanto, o que

está em pauta é que, estas técnicas de fertilizações não podem afetar negativamente a dignidade humana das pessoas envolvidas, de modo que, ela deve ser respeitada.

Devido à complexidade dos temas que envolvem os direitos fundamentais observamos a importância de abordá-los neste tópico, tendo em vista, os polêmicos casos apresentados, uma vez que, eles afetam diretamente e negativamente a dignidade e os direitos fundamentais do ser humano.

Assim, a importância da teoria integrativa de Robert Alexy para a concretização e respeito a esses direitos, uma vez que é uma teoria integradora que faz com que sejam englobados "[...] da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada." (ALEXY, 2011, p. 39)

Dessa forma, falamos em teoria ideal dos direitos fundamentais em que eles conseguem ser apenas uma aproximação deste ideal, ou seja, esta seria uma teoria integradora. Assim, o conceito de uma teoria integrativa é uma ideia reguladora, da qual a teorização sobre os direitos fundamentais pode se aproximar das mais variadas formas. Toda teoria sobre direitos fundamentais que contribua para a realização desse ideal tem, devido a essa contribuição, o seu valor.

Considerá-la sem valor por não realizar totalmente o ideal significaria desconhecer o caráter regulador do programa integrativo. Para realizar da forma mais ampla possível a teoria dos direitos fundamentais (no sentido de uma teoria ideal), é necessário reunir várias teorias verdadeiras ou corretas sobre direitos fundamentais. Mas é claro que essas teorias devem ser avaliadas na medida de sua contribuição à teoria ideal. (ALEXY, 2011, p. 39-40)

Contudo, questionamos diante dos casos abordados no terceiro tópico, de que forma efetivamente o direito consegue resolver/amenizar estes casos de afronta à dignidade da pessoa humana? Pois se sabe que casos como estes, são casos complexos, que não ocorrem todos os dias. Porém, são casos de difícil solução, por mais aparato que a legislação possua e tenha desenvolvido ao longo do tempo, sabe-se que muitos preceitos fundamentais, ficam somente no papel, como um direito simbólico, conforme Marcelo Neves preceitua em sua obra "A Constitucionalização Simbólica": "os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem "letra morta" em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social." (2011, p. 116)

Dessa forma, percebemos que o direito ainda tem muito a evoluir, não em sua forma escrita, pois contamos com um aparato jurídico que nos garante inúmeros direitos

fundamentais, porém, muitos são apenas simbólicos, são difíceis de colocar em prática, como nos casos citados, não se sabe como o direito evitaria este tipo de comportamento, não se sabe quais responsabilidades e punições exatas são previstas para casos de tamanha complexidade.

Da mesma forma, embora tantas evoluções tenham ocorrido, percebe-se que o ser humano, assim como o direito, ainda tem muito a aprender e evoluir, especialmente no aspecto humano e social, para que casos como esses, originados de fertilizações *in vitro* livremente escolhidas e contratadas, não acabem conflitando com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente trabalho, podemos concluir que as inovações tecnológicas referentes às técnicas de fertilizações *in vitro*, evoluíram a passos largos, fazendo-nos pensar quais são os limites existentes entre liberdade de escolha, dignidade da pessoa humana e reprodução humana assistida.

Igualmente, podemos afirmar que as evoluções tecnológicas e científicas nesta seara, conforme abordado na pesquisa, não são evoluções com origens maléficas para a sociedade, para o ser humano. Porém, as opções das pessoas, referentes à liberdade de escolha, por exemplo, frente a algumas situações que as envolvem é que tornam esta tecnologia prejudicial, quando afetam, muitas vezes, ilimitadamente e negativamente a dignidade da pessoa humana.

Portanto, deve haver um equilíbrio no modo de trabalhar do cientista e do jurista, para que os direitos fundamentais sejam de fato garantidos, pois esses avanços necessitam do acompanhamento do direito para proteger a humanidade das possíveis lesões provocadas pela manipulação ilimitada e irresponsável das fertilizações, ressaltando, que a dignidade humana deve estar sempre presente, assim, não podemos excluir ninguém desta proteção, devendo servir este princípio como diretriz norteadora para a solução de questões referentes a casos como os relatados nessa pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª ed. 2ª tir. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2011.

Após abandono de bebê com Down, Tailândia proíbe barriga de aluguel. Disponível em:< http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150219_tailandia_barriga_aluguel_ru>. Acesso em: 25. Jul. 2016.

Casal Australiano abandona bebê com Down com a mãe de aluguel tailandesa. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140802_campanha_down_pu>. Acesso em: 30. Set. 2015.

ECO, Umberto. **Apocalípticos e Integrados**. Tradução de Pérola de Carvalho. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

Entra en vigor la prohibición para contratar madres de alquiler en Tailandia. Disponível em: < http://www.elmundo.es/internacional/2015/07/30/55ba26ea268e3ed7168b45b7.html>. Acesso em: 25. Jul. 2016.

GONÇALVES, Edna Oliveira. **Reprodução Humana**: A polêmica dos embriões excedentes em face da fertilização *in vitro*. 2010. 63p. Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do Curso de Direito, Escola de Direito e
Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil. Curitiba-PR, 2010. Disponível em:
<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Edna_Oliveira_Goncalves.pdf>
Acesso em: 14. Set. 2015.

IRWIN, William (Coord.). **X-men e a Filosofia**: visão espantosa e argumento assombroso do X-verso mutante. São Paulo: Madras, 2009.

Mãe pede bebê loiro, dá à luz a menina mestiça e processa clínica. Disponível em: < http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/09/mae-pede-bebe-loiro-da-a-luz-a-menina-mestica-e-processa-clinica.html> Acesso em: 14. set. 2015.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de e SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida**: Um pouco de história. *Rev. SBPH* [online]. 2009, vol.12, n.2, pp. 23-42. ISSN 1516-0858. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004> Acesso em: 11. Set. 2015.

Ohio Town Trustee Says Biracial Sperm-Mix-Up Baby Welcome. Disponível em: < http://www.nbcnews.com/news/us-news/ohio-town-trustee-says-biracial-sperm-mix-baby-welcome-n216866> Acesso em: 1º. Jun. 2016.

Mulher que foi barriga de aluguel não sabia que filho tinha síndrome de Down. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/mundoeciencia/2014-08-03/mulher-que-foi-barriga-de-aluguel-nao-sabia-que-filho-tinha-sindrome-de-down.html> Acesso em: 14. set. 2015.

TAILÂNDIA: dois mil fetos descobertos num mosteiro. Disponível em: < http://www.tvi24.iol.pt/internacional/morgue/tailandia-dois-mil-fetos-descobertos-num-mosteiro> Acesso em: 23 set. 2015.

TORRES, José Henrique, **Aborto e Legislação Comparada**. Ciência e Cultura. vol.64 nº.2, São Paulo Apr./June 2012. Disponível em: <

http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext> Acesso em: 23 set. 2015

Tratamento da Infertilidade. Disponível em: <http://www.gineco.com.br/saude-feminina/infertilidade/tratamento-da-infertilidade/>. Acesso em: 25. Jul. 2016.

SILVA, Andressa Corrêa da; PEREIRA, Adriane Damian. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz para a solução das questões bioéticas. In: GORCZESKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Fundamentais Conhecer para Exercer**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 151-177.

SOUZA, MCB; DECAT de Moura, M; GRYNSZPAN, D (orgs). **Vivências em Tempo de Reprodução Assistida**: o dito e o não-dito. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.