

# Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental

Contribuição para o Debate no Direito Brasileiro

*New Reproductive Technologies and the Parental Project*

Contribution to the Debate on Brazilian Law

**Maria Claudia Brauner**

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Montreal, Canadá; doutora em Direito pela Universidade de Rennes, França; professora e pesquisadora em Bioética e Biodireito, Uni-

versidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS e Universidade de Caxias do Sul/UCS.

Recebido: 23/06/2004

Avaliado e aceito: 16/07/2004

## Abstract

*The medicalization of human reproduction is one of the most important issues that lead to discussion concerning law and Bioethics. Modern techniques of human reproduction may offer maternity to infertile women, to menopausal ones, to lesbians, and to those women who had never had sexual intercourse. They separate reproduction from sexuality and enable maternity beyond biological limits. So, there is a valorization of maternity as a female characteristic. Besides interfering on genetic aspects, science establishes new grounds on the future mother's desires and choices.*

## Introdução

A medicalização da reprodução humana é um dos grandes temas que suscita a discussão no âmbito da Bioética e do Biodireito, tendo em vista que as modernas técnicas de reprodução humana podem proporcionar a maternidade tanto às mulheres estéreis quanto àquelas que já atingiram a menopausa, às mulheres homossexuais, e mesmo a chance de maternidade às mulheres virgens. Tendo havido a quebra da tradição histórica e social da maternidade ao se separar a reprodução da sexualidade, e, ainda, a desvinculação da maternidade dos limites e imposições traçados pela tradição e

biologia humana, houve a revalorização da maternidade enquanto vocação do feminino. Além disso, a ciência possibilita intervir nas características genéticas e na escolha do sexo dos filhos, fato que põe em primeira ordem o desejo e as preferências da futura mãe.

Em todo caso, ainda parece vigorar a idéia de que a mulher torna-se feliz e realizada quando engravida e dá a luz, e que as *nulíparas* são mulheres amargas, egoístas e desequilibradas psicologicamente, porque não querem ser mães, não conseguiram engravidar ou, ainda, não puderam levar uma gravidez a termo. De fato, para algumas pessoas a esterilidade constitui um castigo injusto, ou justo para aqueles que recriam a mulher por retardar o tempo prescrito pelos médicos para gerar.

A inserção dos direitos sexuais e reprodutivos, incorporados ao elenco de Direitos Humanos, assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar para organização da vida reprodutiva, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que possa vir a garantir o tratamento de patologias ligadas à função reprodutiva, desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias.

Nesse sentido, buscou-se tratar o tema das modernas tecnologias reprodutivas a partir das discussões sobre a elaboração de leis que visam enquadrar a utilização das referidas técnicas

e assegurar à mulher o direito de gerar com segurança, esclarecida dos riscos e inconvenientes das intervenções, evitando-se os perigos de implantação de uma "indústria reprodutiva", visando altos lucros e garantido a qualidade nos "resultados" – os filhos.

Quer-se evitar as práticas eugênicas, a escolha dos caracteres genéticos da criança sem motivo relevante, mas busca-se garantir o acesso das pessoas ao projeto parental, se este se assevera condizente com os direitos fundamentais da pessoa, respeitando-se os princípios da dignidade humana, da responsabilidade, da intimidade e do direito à saúde, numa acepção ampla.

Para tratar tema tão complexo e vasto, escolheu-se partir da justificação e dos limites à intermediação técnica na reprodução humana, passando-se a enfocar os princípios indispensáveis para a formulação de uma lei regulamentando o uso das referidas técnicas no país.

### **A Justificação e os Limites à Intermediação Técnica na Reprodução Humana**

Sabe-se que a constatação da esterilidade feminina ou masculina pode vir acompanhada de um desejo irrepreensível e intenso de superar o diagnóstico e de buscar a oportunidade de engravidar por todo ou qualquer meio científico, oferecido pelas tecnologias modernas de reprodução humana.

Considerando-se as diversas possibilidades oferecidas atualmente pela Medicina moderna à mulher e ao homem infértil para gerar, deve-se primeiramente buscar orientação e aconselhamento médico, que poderá definir qual a melhor técnica a ser empregada. Dependendo do caso, poderá se recorrer à inseminação artificial homóloga, "que é a realizada com a utilização de sêmen do marido ou do companheiro da paciente",<sup>1</sup> ou uma técnica heteróloga, na qual "utiliza-se o espermatozoide de um doador fértil",<sup>2</sup> ainda a fecundação artificial *in vitro* com participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (FIVETE), que "consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina",<sup>3</sup> pela transferência intratubária de gametas (GIFT), ou ainda, por outras técnicas mais complexas que podem envolver doadora de óvulo, doação de embriões ou até mesmo a maternidade de substituição. Enfim, os procedimentos cada vez mais se diversificam, buscando-se maior índice de sucesso nos resultados.

Considerando desnecessário adentrar os aspectos científicos de cada um destes procedimentos, pode-se, de antemão, perceber os envolvimento ético e os riscos da utilização destas técnicas

na ausência de uma legislação que organize, estabeleça critérios e responsabilidades pelos descaminhos que podem, certamente, envolver a vida e os direitos da mulher, do homem e da criança nascida de tais intervenções.

Até a presente data, não há lei especial que regule a utilização das novas tecnologias reprodutivas no país, embora já existam projetos de lei visando estabelecer critérios e responsabilidades na medicalização da reprodução humana.

Sabe-se que, embora muitos países já disponham de legislação especial sobre o tema, no Brasil dispomos tão somente da Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. É uma Resolução pouco conhecida fora da classe médica, mas teve a preocupação de enumerar alguns princípios básicos organizando a matéria. Também a Lei nº 8.974/95, que dispõe sobre engenharia genética, veda, no artigo 12, a manipulação de células germinais humanas, exceção feita em caso de fins terapêuticos que visam beneficiar o futuro indivíduo.

Frente à gama de possibilidades que se apresentam à mulher e ao homem, envolvendo a realização do seu projeto de parentalidade, cabe uma reflexão sobre quais procedimentos podem ser realizados sem afrontar diretamente os direitos fundamentais de cada um deles, e igualmente da criança, que deve ter o direito de nascer com a dignidade devida a todos os seres humanos.

Concretamente, quais seriam os elementos mínimos indispensáveis para que se assegure o direito da criança de nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana?

### **A Interação entre o Recurso à Técnica e a Proteção à Dignidade do Ser Humano**

O primeiro elemento que parece relevante é considerar que a concepção e a reprodução pertencem à intimidade e à liberdade dos casais, enfatizando-se que daí se originam o dever e a responsabilidade pelo filho que gerarem.

Conforme já tratado, o direito de ter filhos é reconhecido como um direito fundamental do ser humano, assim como casar com a pessoa de sua livre escolha e com esta formar uma família.

No entanto, quando o projeto reprodutivo envolve outras pessoas, como os profissionais da Medicina como intermediadores, há a necessidade de que a sociedade esteja envolvida e que reflita sobre as condições em que poderá se autorizar o recurso à reprodução artificial, definindo quais as responsabilidades dos envolvidos nestas práticas.

Se considerarmos que é um direito da pessoa ter acesso aos tratamentos de saúde, cabe incluir a esterilidade como sendo um problema de saúde reprodutiva e que, portanto, autoriza o recurso à Medicina para solucioná-lo, não significando, entretanto, concluir que todas as possibilidades oferecidas pela Medicina possam ser aceitas e utilizadas sem limitações pelo homem e pela mulher.

Neste sentido, sempre haverá a necessidade de ponderar sobre os interesses que estão envolvidos e os riscos decor-

<sup>1</sup> MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade ("mãe de aluguel")*. Curitiba: Gênese, 1998, p. 37

<sup>2</sup> *Idem*, p.37. A inseminação heteróloga é indicada nos casos de oligospermia grave; azoospermia (ausência de espermatozoides no sêmen); doenças hereditárias graves do marido; e incompatibilidade sanguínea do casal, que possibilite a interrupção da gravidez.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 37.

rentes de cada tipo de procedimento científico. Por exemplo, com relação aos procedimentos ligados à possibilidade de diagnóstico genético pré-implantatório e de intervenções sobre o embrião ou a sua criopreservação, deve-se considerar que se a intervenção visar a saúde e o desenvolvimento de uma gravidez com sucesso, poderão ser permitidas tais manipulações científicas. Do contrário, deverão ser proibidas as intervenções que se destinam a escolher características estéticas ou étnicas, tendo em vista os riscos de eugenia positiva.

Dentre as diversas técnicas de procriação artificial, algumas se revestem de um contexto especialmente delicado e complexo: trata-se da opção pela monoparentalidade da mulher, só que recorre à técnica de reprodução artificial com a participação genética de doador anônimo, ou do caso em que a mulher pretende ser inseminada com o esperma do marido ou companheiro pré-morto. As duas questões geram controvérsias, mas no caso de inseminação artificial *post mortem*, quando a criança será concebida e gerada em uma situação de orfandade, observou-se que a maioria das legislações veda esta possibilidade, pelos possíveis problemas psicológicos e jurídicos que a situação pode ensejar.

Sobre este assunto, é importante ressaltar a opinião de Carlos María ROMEO CASABONA, para quem a inseminação *post mortem* apresenta dois inconvenientes: "em primeiro lugar, se sabe que antes de realizar a fecundação que a criança vai carecer de pai, que é a principal objeção, dificilmente superável a partir de uma perspectiva constitucional; em segundo lugar, os problemas sucessórios da criança, reconhecendo-se seus direitos de herdeiro do pai, podem os demais herdeiros se sentir prejudicados, em especial, se a concepção e o nascimento tiverem ocorrido muito depois do falecimento do pai".<sup>4</sup>

<sup>4</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 217.

<sup>5</sup> MANTOVANI, Ferrando. Ob. cit., p. 234. Conforme o autor: "(...) trattasi di offesa: a) alla dignità della donna, perché tale locazione snatura il ruolo della maternità e degrada la donna a mero organismo riproduttore: in contrasto, fra l'altro, col moderno di "maternità responsabile" (sancito anche dall'art. 1, L. n. 194/78) e con lo stesso processo di emancipazione femminile, che, come si è opposto alla strumentalizzazione della donna quale organismo sessuale, tanto più se mercenario (si pensi alla lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui), così non può né opporsi allo sfruttamento della donna come mero organismo per la riproduzione (la c.d. "incubatrice umana"), alla strumentalizzazione pur sempre "egoistica" dell'altrui grembo materno, sia gratuita che mercenaria: con tutte le implicazioni psicologiche ed affettive per la donna che è pur sempre "madre", pur se noleggiata, e coi danni e pericoli per la vita e la salute fisica e psichica che la gravidanza e il parto (tanto più se ripetuti) possono comportare per la stessa; b) alla dignità del nato, poichè egli degradato a res commerciabile e commissionabile, ad oggetto di scambio e, comunque, di contrattazione e di contenzioso (es.: nel caso di rifiuto di dare o di ricevere il figlio commissionato o della decisione della madre portante o surrogata o della madre committente di interrompere la gravidanza), comportando la locazione del grembo materno quella cessione di nati che già la legge italiana del 1983 sulla adozione severamente punisce (...)"

Outro grande tema de discussão é a possibilidade da maternidade por substituição, ou gestação por outrem; discute-se se deve ser autorizada a prática, mesmo que com fins exclusivamente humanitários, sem monetarização, e quais as garantias para que a criança não seja apenas um objeto a ser reivindicado pela mulher que cedeu o útero, confrontando-se ainda as dificuldades para a determinação da maternidade da criança, nos moldes da legislação atual. Neste caso também, como proteger a criança e garantir sua dignidade?

Para MANTOVANI, a prática da maternidade de substituição constitui ofensa à dignidade da mãe e do próprio nascituro. Conforme o autor, trata-se de ofensa: a) à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor; em contraste, contudo, com o conceito moderno de "maternidade responsável" e com o processo de emancipação feminina; b) à dignidade do nascituro, pois é reduzido a res comerciável e sujeita a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e, até mesmo, de conflitos judiciais.<sup>5</sup>

Contudo, há de se perceber que a orientação adotada pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro autoriza o recurso à técnica de maternidade substitutiva, desde que a doadora temporária de útero seja da família daquela que não pode gerar; em parentesco até o segundo grau, descaracterizando a possibilidade de "aluguel de útero", tendo em vista que entre familiares há a solidariedade e a relação de afeto que evitará qualquer possibilidade de interesse lucrativo.

Haveria, assim, um pacto de gestação entre a mãe gestacional e a mãe genética, de maneira altruista, não sendo possível no Brasil nenhum contrato remuneratório de gestação, pois seria considerado nulo, em virtude do objeto ilícito, que seria a geração e a entrega do filho, tratado assim como uma mercadoria.

## Os Limites do Biodireito para a Utilização das Tecnologias de Reprodução Humana

Levando-se em consideração a opinião de diversos especialistas que se pronunciaram sobre essas novas técnicas, constata-se que muitas questões são polêmicas, pois a formação de novas famílias constituídas com patrimônio genético de sujeitos anônimos suscita sérias inquietações, que envolverão, certamente, direitos a proteger e conflitos a solucionar. E qual será o encaminhamento jurídico a ser seguido nestes casos? O tratamento jurídico desta problemática já constitui uma realidade em certos países europeus, que elaboraram leis específicas regulando a utilização das técnicas de reprodução artificial. A leitura destas disposições normativas leva-nos a distinguir preliminarmente duas posições: primeiramente, aquela adotada por legislações que outorgam talvez a primazia ao desenvolvimento tecnocientífico, entre eles as de Espanha, Reino Unido e França, e outra posição mais restritiva, que coloca em relevo o interesse das pessoas envolvidas nessas novas práticas e, em especial, o interesse da criança nascida de tais pro-



cedimentos, adotando uma posição de prudência, que caracterizam as previsões das leis da Alemanha, Áustria, Suécia, Noruega e Suíça.

Entre os aspectos que interessam a este estudo, as previsões normativas distinguem-se entre os países que autorizam a mulher a fazer recurso da inseminação artificial heteróloga mesmo sem ser casada, ou vivendo em união estável com pessoa de outro sexo, e entre os que restringem ou proíbem o acesso a estas técnicas por mulheres isoladas, sem cônjuge ou companheiro. Entretanto, com relação à maternidade por substituição, a quase totalidade dos países foi desfavorável a esta técnica, em virtude dos conflitos que cria para o estabelecimento da filiação e de possíveis conflitos entre mãe genética, mãe gestacional e mãe social, que podem reivindicar a maternidade da criança.

A lei espanhola de nº 35, de 1988, adota a primeira posição, pois elimina qualquer limite ao direito da mulher de fundar uma família, autorizando igualmente a inseminação *post mortem*, desde que o marido ou companheiro tenha dado seu consentimento por ato notarial ou testamento, e com a condição de que a inseminação seja feita nos seis meses após a morte (artigos 6º e 9º da Lei).

A lei do Reino Unido de 1 de novembro de 1990 sobre fertilização humana e embriologia aceita implicitamente a utilização de esperma e óvulos de pessoas estranhas ao casal, garantindo-se a doação gratuita e secreta destes gametas.

As leis alemãs e austríacas não proíbem a doação de esperma e, portanto, permitem as reproduções heterólogas, mas vedam a doação de óvulos. A Áustria reserva essas técnicas exclusivamente aos casais casados ou vivendo em união estável, não permitindo às mulheres solteiras, viúvas ou vivendo em união homossexual. Países como Suécia, Noruega e Suíça adotaram princípios análogos que enfatizam a possibilidade de utilização das técnicas de procriação artificial aos casais casados, excluindo-se a fecundação artificial *in vitro* heteróloga.

Com relação ao procedimento da maternidade por substituição, as posições se assemelham, no sentido de desaconselhá-la ou até mesmo considerá-la um ilícito penal. As legislações britânica, espanhola e austríaca desencorajam o recurso a esta técnica, enfatizando o princípio "*partus sequitur ventrem*", ou seja, é considerada mãe aquela que dá à luz. Deste modo, a criança será filha da mulher que a gerou, mesmo que a contribuição genética seja de outra.

A lei britânica não proíbe o contrato de cessão de útero quando ele for feito a título gratuito e se as partes concordarem em executá-lo (art. 30, al. 7). O procedimento será parecido com o de uma adoção.

Já o Direito alemão recorreu ao Direito Penal para tomar um ilícito o recurso à maternidade de substituição. E na Suíça foram

introduzidas, em disposição constitucional, a interdição da doação de embrião e as formas de maternidade de substituição. Enfim, o Parlamento Europeu, em sua Resolução de 16 de março de 1989, sobre a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, adotou um critério restritivo com relação às procriações heterólogas, declarando: "será benéfico para a criança que exista concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal. Assim, a fecundação heteróloga ou a fecundação *in vitro* também heteróloga não são desejáveis, tratando-se de doação de esperma ou de óvulos, ou de sua conservação criogênica".<sup>6</sup> Igualmente considera que "toda forma de maternidade de substituição deve, em geral, ser rejeitada".

O estudo destas legislações e os fundamentos que ensejaram a escolha por uma ou por outra posição foram objeto de um artigo de Roberto Andorno, que concluiu da seguinte maneira: "O Direito dos países europeus encontra-se profundamente dividido sobre a atitude a tomar em relação às procriações artificiais. Estas últimas e, sobretudo, as modalidades heterólogas e de fecundação *in vitro* criam graves conflitos entre o desenvolvimento tecnocientífico, de um lado, e a integridade física e psíquica das pessoas envolvidas, de outro. O legislador, inspirado nos princípios personalistas, segundo os quais a pessoa deve sempre ser considerada como um fim em si mesma e não como um meio, deve proteger especialmente o interesse da criança a ter uma família biparental constituída por seus pais biológicos. Ao mesmo tempo, a vida humana merece ser protegida, desde o início de sua existência, dos riscos de dominação pela técnica".<sup>7</sup>

É razoável sustentar a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Entretanto, os motivos evocados para restringir o acesso ilimitado às técnicas ora referidas fundamentam-se em rejeitar o tratamento da criança como sendo uma "coisa", "um objeto-devido", negando-se irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.

Nessas situações, não é apenas o exercício da liberdade individual que deve ser observado quando da possibilidade de gerar uma criança através de inseminação artificial com doador ou inseminação artificial *post mortem*, mas também estão em jogo outros interesses relevantes. "O direito-liberdade de fundar uma família muda de aspecto porque ele não implica simplesmente o exercício de uma liberdade individual, na esfera íntima da vida privada, mas a intervenção ativa de terceiros, jungidos às regras

<sup>6</sup> Ver ANDORNO, Roberto, "Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?" *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 1, 1994, p. 141-152.

<sup>7</sup> MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1988, p. 645.

<sup>8</sup> Sobre a questão, ver ANDORNO, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses: à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

profissionais, e – porque está em jogo uma criança – a responsabilidade do Estado igualmente será evocada”.<sup>8</sup>

Deve-se evocar o artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, de 1989, que afirma: “a criança deve ser registrada ao nascimento e ter direito a um nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de ser criada por eles”.

Veja-se, justamente, que o direito a um ter pai e uma mãe, de conhecer ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não ser possível sem que se possa afirmar que o bem-estar físico e psíquico da criança esteja comprometido. Talvez esta atenuação ao direito à origem e à biparentalidade refira-se não simplesmente aos casos de adoção plena, quando a criança terá uma nova família, mas também tenha reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais, tanto aquelas formadas naturalmente quanto as nascidas a partir do auxílio da ciência, nas técnicas heterólogas.

De fato, se o interesse da criança deve ser preponderante, isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial, e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.

É de se ressaltar que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar, e que, portanto, em virtude do critério de anonimato e segredo da identidade do doador, esta não poderá desvendar à criança o nome de seu genitor, embora lhe deva informar as condições em que foi desejada e nascida.

Para CASABONA, no caso de haver um casal que recebe a contribuição de terceiro para gerar, deve-se assegurar de forma paralela que o marido/companheiro assuma a paternidade legal do filho nascido por este tipo de técnica, exigindo-se, por sua vez, o seu consentimento, o qual implicará a assunção da paternidade sem a possibilidade de sua impugnação posterior, e deve-se garantir que o doador não possua nenhuma obrigação legal oriunda de sua paternidade biológica. Continua o autor afirmando que a regra do anonimato é imposta justamente para proteger o doador; “mas com ele entra em colisão o invocado direito do filho em conhecer sua origem, se assim o desejar, e, inclusive, pode resultar conveniente se aquele vem a sofrer de enfermidades vinculadas com a herança genética, ou para evitar casamentos com filhos (de seu próprio matrimônio ou de outras doações) do doador; tal conflito de interesses se pode conciliar revelando a identidade do doador quando o filho chegar a certa idade (maioridade) em caso de solicitação (ou antes, se o aparecimento da doença de origem genética aconselhar), sem que se lhe permita exer-

cer a ação de investigação de filiação, garantindo assim a imunidade jurídica familiar do doador”.<sup>9</sup>

A aceitação de famílias formadas pela contribuição genética de terceiros é uma realidade que deve ser incluída nas diversas formas de constituir vínculos familiares, tendo em vista que a família deste novo século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica pai, mãe e filho, e, ainda, sustenta-se que o critério biológico, ou seja, os valores simbólicos ligados a hereditariedade, parentesco sanguíneo e direito de conhecer as origens, deve ceder lugar progressivamente à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.

Aqueles que defendem a idéia de que a criança possa investigar a paternidade do doador, ou que tenha o direito de conhecê-lo, sem estabelecer o vínculo jurídico da paternidade, em virtude do respeito ao direito de toda pessoa de conhecer suas origens, se esquecem de que a família, na acepção moderna, não se define mais nos moldes da família patriarcal, onde o sangue era tão importante em virtude da transmissão da propriedade a partir da constituição de um herdeiro “legítimo”. As novas famílias são manifestações plurais, onde o afeto é o amálgama das relações, onde as famílias monoparentais, famílias adotivas e as famílias reconstituídas encontram seu espaço e reconhecimento social e jurídico.

Esta observação traz consigo a idéia de que o projeto de ter um filho envolve aspectos principalmente emocionais e que a mulher ou o homem que desejam realmente um filho e para isso se submetem à participação de profissionais da Medicina na realização deste projeto, violando a sua intimidade física e psíquica, merecem alcançar o que, para alguns, poderia representar apenas um descuido na contracepção, que poderia rapidamente ser suprimido através das práticas abortivas.

Quais seriam então os princípios mínimos indispensáveis para que se autorize a utilização das técnicas de reprodução assistida no país, reconhecendo-se um direito a gerar, pertencente a todo indivíduo capaz, sem correr os riscos de que a realização do projeto parental possa servir para criar um mercado de seres humanos, pondo em risco a saúde e a vida dos indivíduos envolvidos?

### Os Princípios Indispensáveis para a Formulação de uma Lei Regulamentando o Uso das Tecnologias Reprodutivas no País

Partindo-se da idéia de que o filho desejado e buscado poderá desfrutar de todas as condições afetivas e materiais para a sua vida, e que o projeto de parentalidade pode ser exercido normalmente por aqueles que sofrem de problemas de fertilidade, desde que fazendo bom uso das técnicas de procriação artificiais, quais seriam os princípios que deveriam nortear a elaboração de uma lei brasileira para a reprodução humana assistida, frente os riscos do agir tecnocientífico entremeados por interesses econômicos importantes nesta seara?

<sup>8</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, Ob. cit., p. 218.



O direito de dar a vida só poderia ser cerceado ou limitado se a pessoa não apresentasse condições psíquicas para se ocupar de uma criança, por doença mental ou se sua intenção de gerar fosse imoral, ilícita ou, ainda, desvirtuasse a importância da paternidade e maternidade responsável, menosprezando o papel paterno ou materno na vida do filho.

Igualmente acredita-se que a verdade sobre as condições peculiares do nascimento da criança deve ser revelada, no momento oportuno, para que ela tenha condições de compreender o quanto foi desejada pelos pais e quantos obstáculos foram enfrentados para que sua vida fosse possível. Esta revelação pode ser preparada e acompanhada por psicólogos especializados.

Enfatiza-se que a prudência deverá sempre existir quando da utilização da biotecnologia moderna, e isto em todos os domínios, mas a indagação é saber se sua utilização serve ao homem e à vida, e ainda se não envolve perigos ou práticas eugênicas ou totalitárias. Guardados estes cuidados, os desafios devem ser aceitos.

Nesse sentido, os princípios que devem ser seguidos para a elaboração de uma lei brasileira sobre a reprodução humana assistida seriam:

**Indicação terapêutica** – A possibilidade do recurso às técnicas de reprodução artificial deveria ser disponibilizada a todas as pessoas com problemas de esterilidade ou riscos de transmissão de doenças genéticas, disfunção e riscos devidamente constatados por profissional especialista, pois o direito de gerar é um direito fundamental do ser humano, mas não é um direito absoluto. Os riscos das técnicas devem ser mesurados e a oportunidade de utilização dos recursos deve ser discutida amplamente entre os interessados e o médico responsável pelo procedimento.

Analisando a legislação espanhola sobre as técnicas de reprodução artificial humana, CASABONA identificou como finalidade principal destas técnicas o tratamento da esterilidade, além de prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética ou hereditária, e da investigação com gametas ou óvulos fecundados.<sup>10</sup>

A prevenção e o tratamento de enfermidades justifica-se na medida em que o casal pode deixar de formar uma família pelo receio de engendrar filhos com doenças ou má-formações, devido ao fato de o casal fazer parte de um grupo de risco detectado por meio do diagnóstico pré-conceptivo ou pré-implantatório, e pelo aconselhamento genético. Diversos procedimentos, como seleção de gametas (no caso de doenças ligadas ao sexo) ou de pré-embriões e a engenharia genética podem garantir, nos dias de hoje ou até futuramente, a eliminação ou diminuição de riscos de transmitir doenças hereditárias ou de origem genética.<sup>11</sup>

**Consentimento esclarecido** – Devem ser permitidas as técnicas de reprodução artificiais desde que exista um con-

sentimento esclarecido dos interessados, tendo em vista que as taxas de insucesso dos tratamentos ficam entre 85 a 95% por ciclo de tentativa e que os riscos e custos devem fazer objeto de uma avaliação criteriosa pelos interessados. Além do que, este consentimento deve ser formulado de maneira expressa, prevendo a possibilidade de desistência até o momento anterior à realização da intervenção médica para viabilizar a gravidez.

Tem razão o autor CASABONA ao asseverar que "o consentimento ou aceitação requer a prévia informação e, inclusive, acompanhamento. A informação se destina também aos doadores, que devem recebê-la da equipe médica e dos responsáveis dos Centros ou Serviços de saúde onde se realizam. Devem ser objeto da informação os distintos aspectos e implicações possíveis das técnicas, assim como os resultados e os riscos previsíveis; também se estenderá a informação a considerações de caráter biológico, jurídico, ético ou econômico que se relacionam com as técnicas".<sup>12</sup>

**Sigilo sobre a identidade do(s) doador(es)** – O sigilo consiste em garantir o segredo sobre a identidade do doador de células germinativas ou de embriões para implantação, somente disponibilizada por critérios médicos emergenciais. Conforme CASABONA, o sigilo não se refere somente à garantia de confidencialidade, e sim fundamentalmente a que a doação seja anônima, mantendo-se a identidade do doador em segredo e armazenada nos respectivos bancos de dados.<sup>13</sup> O anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, sendo que atualmente o Direito está começando a relevar, de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen com carga genética defeituosa. Nestes casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial para que as informações sobre o doador ou a doadora fossem disponibilizadas ao interessado. Na opinião de OLIVEIRA, os pais não devem ocultar da criança a sua condição, nos casos envolvendo doador de gametas, pois, segundo o autor, a criança que crescesse em um lar bem formado, sendo conhecedora dessa condição, mas que desfrutasse do amor de seus pais, lentamente iria assimilando a idéia.<sup>14</sup>

**Gratuidade das doações** – Qualquer produto, parte ou função do corpo humano não pode ser comercializada; são

<sup>10</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., Ob. cit., p. 233.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 245.

considerados juridicamente coisas fora do comércio. Assim como no caso de doações de órgãos para transplante ou de doação de sangue, busca-se, na doação de gametas, o altruísmo entre as pessoas. É até mesmo aconselhável escolher como doador aquela pessoa que já é pai ou mãe, que teve filhos saudáveis e que não terá curiosidade ou interesse em conhecer o filho que nascerá da sua contribuição genética e que, por saber da importância da paternidade ou da maternidade na realização pessoal das pessoas, oferece-se como doador, por sentimentos de solidariedade e nada mais.

CASABONA afirma que "parece conveniente, assim mesmo, que se estenda a estas práticas, de modo igual ao que sucede com outras que envolvem partes do corpo humano (p. ex., obtenção de órgãos para posterior transplante) a gratuidade e exclusão de todo comércio dos componentes biológicos (p. ex. gametas), tanto para o que se refere aos doadores como para a mulher receptora dos mesmos".<sup>15</sup>

**Seleção e intervenção sobre embriões** – Estas práticas somente deverão ser permitidas para evitar a transmissão de doenças hereditárias, não se podendo buscar o aperfeiçoamento ou inclusão de um critério de qualidade eugênica, ou escolha de sexo do embrião sem indicações terapêuticas.

Na opinião de ROTANIA, "o diagnóstico pré-natal genético estimula novos campos de pesquisa; abre possibilidade para a terapia gênica (das células somáticas e das germinais) e para a manipulação pré-implantatória de embriões. A terapia genética visa reparar anomalias dos genes por meio de procedimentos bioquímicos substitutivos".<sup>16</sup>

No que tange à seleção e intervenção em pré-embriões, é importante explicitar o pensamento da médica Maria de Fátima OLIVEIRA, a qual alerta para o fato de que (...) "a testagem embrionária, fetal e pós-natal caso a caso configura-se como um direito individual, da mulher, do homem, do casal, pois ninguém poderá obrigar outrem a arcar com os custos emocionais e financeiros da responsabilidade por uma criança incapacitada para a vida autônoma e de boa qualidade. É justo e ético que as pessoas tenham o direito de decidir se querem ou não ter uma criança com estes problemas, uma vez que quase sempre os cuidados com a criança constituem uma tarefa só da mãe – e nisso as mulheres estão totalmente desamparadas pelo pai da criança e pela sociedade".<sup>17</sup>

Para MANTOVANI, as intervenções genéticas terapêuticas em embriões devem ser permitidas com a exigência de que ocorra um aprofundamento crítico do conceito de doenças e danos genéticos, pois se forem considerados como tais simples des-

vios da normalidade genética, corre-se o risco de passar da terapia ao eugenismo, transformando-se o objetivo de aumentar o número de pessoas normais em um processo de criar pessoas perfeitas e o médico em um "selecionador genético".<sup>18</sup> Deve-se evitar o descarte de embriões, não havendo necessidade de fabricar embriões para congelar. Não deverá ser permitida a colocação de mais de dois embriões no útero da mulher tendo em vista os riscos envolvendo a gravidez múltipla, riscos que são graves para a saúde da mulher.

Neste viés, concordamos com OLIVEIRA que afirma veementemente que a gravidez múltipla é considerada, pelos profissionais mais conscientes da área, como uma má prática da FIV, posto que já é possível evitar o implante múltiplo de embriões e viabilizar gravidezes que resultam em bebês. "(...) Quem precisa de 'embriões e embriões' são os cientistas. Falta regulamentação ética e jurídica que os obrigue a maiores responsabilidades, inclusive científicas. Por exemplo, não fabricarem embriões com a finalidade de acobertar insuficiências e/ou deficiências da técnica".<sup>19</sup>

Consoante Jussara MEIRELLES, a respeito da fertilização *in vitro*, "a prática corrente tem sido efetuar a transferência de mais de um óvulo fecundado, pela estimulação hormonal que provoca na paciente uma hiperovulação. Desta forma, torna-se possível a obtenção de vários óvulos no mesmo ciclo menstrual." Assim, "no momento do transplante para o útero ou para as trompas de Falópio, se vários forem os embriões obtidos por meio da fertilização, um grande impasse se apresenta: a) se os diversos embriões obtidos são transplantados, há o risco de todos se desenvolverem, podendo ocorrer gestação múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complicações no desenvolvimento; b) se somente alguns dos embriões disponíveis são transplantados, seja porque os outros não se desenvolveram suficientemente, seja porque não te-

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Maria de Fátima. Expectativas, falências e poderes da Medicina da procriação: gênero, racismo e bioética, in *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*, Organização de Lucila, São Paulo: Editora da UNESP, p. 191

<sup>18</sup> MANTOVANI, Ferrando. Ob. cit., p. 230-23. Nas palavras do autor: "(...) un approfondimento critico dei concetti di malattia e di danni genetici, poiché, se vengono considerate tali semplici deviazioni della normalità genetica, si rischia di passare dalla terapia nell'eugenismo, trasformandosi il proposito di aumentare le persone 'normali' in quello di creare persone 'perfette' e il medico in 'selezionatore genetico'."

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Maria de Fátima. *A necessidade de 'redução de embriões' é uma decorrência da iatrogenia intencional*. Belo Horizonte, 2000, p. 2. Este artigo foi veiculado na Lista Bioética de maio/2000, através da internet (<http://www.widesoft.com.br/cgi-bin/majordomo/index/bioetica>) e é uma reorganização de dados e opiniões dos seguintes artigos da autora: Filhos (as) da tecnologia: questões éticas da procriação assistida. *O Mundo da Saúde*, Ano 21, vol. 21, nº 3, 166-178; Biotecnologias de procriação e bioética. *Cadernos Pagu*, (10) 1998, 53-81; Novas tecnologias reprodutivas concepitivas: a busca de pedigree para seres humanos. *FEMPRESS* <http://www.fempress.cl/bioetica3.html>; e Refletindo sobre os bebês de proveta. MODERNA <http://www.moderna2000.com.br/mapa/> Acessar arquivo.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Antônio de Pádua Leopoldo de. Aspectos jurídicos da inseminação artificial, in *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*.

<sup>15</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., Ob. cit., p. 217.

<sup>16</sup> ROTANIA, Alejandra Ana. Biologia moderna, feminismo e ética, in *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*, Organização de Lucila Scavone, São Paulo: Editora da UNESP, p. 172.

tenham sido transplantados apenas para evitar gravidez múltipla, a esses demais, denominados excedentes, é preciso que se lhes dê algum destino".<sup>20</sup>

### O interesse superior da criança deve ser preservado

— O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança que venha a nascer através da biotecnologia; ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que a queiram. O afeto é necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física. A criança deverá ter direito à convivência familiar saudável, e seu bem-estar deve ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos.

Deste modo, a elaboração de uma lei deverá ater-se ao princípio da dignidade, sem se pautar, por um lado, no critério exclusivo do domínio científico da técnica reprodutiva e, por outro lado, na obstrução do direito das pessoas em realizar o desejo de gerar um filho, com recursos da moderna ciência.

Finalmente, a incorporação das novas tecnologias reprodutivas como meio de solucionar o problema da esterilidade é um fato consumado em diversos países detentores da Medicina moderna. Não se pode impedir a busca de realização do projeto parental de uma pessoa capaz, impossibilitando seu acesso às técnicas e aos tratamentos na área da reprodução humana. Entretanto, impõe-se a elaboração e aprovação de uma lei concebida a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência, como Bioética, Medicina, Psicologia, Direito, Antropologia, Sociologia, Filosofia, dando origem a uma regulamentação que venha a enquadrar tais procedimentos dentro de limites claros, precisos e seguros, e que se permita o avanço da ciência assegurando-se prioritariamente a saúde dos utilizadores das novas tecnologias reprodutivas, respeitando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do direito à vida e à saúde, à intimidade, entre outros.

### Bibliografia

1. BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado. O mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1985.

2. BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
3. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana. Conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
4. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In *Direitos Humanos, ética e direitos reprodutivos*. DORA, Denise Dourado e SILVEIRA, Domingos Dresh da (organizadores). Porto Alegre: Themis. 1998. p. 61-78.
5. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites de segurança? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UNISINOS*. São Leopoldo: Unisinos. 1999. p. 193-214.
6. CORRÊA, Marilena Villela. Novas Tecnologias reprodutivas. Limites da biologia ou biologia sem limites? Rio de Janeiro, Ed UERJ. 2001.
7. ENGELHARDT Jr., Tristram. *Fundamentos da Bioética*. 2ª ed. Edições Loyola, 1998.
8. LEITE, Eduardo de Oliveira. *As procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
9. MANTOVANI, Ferrando. Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. *Anais. Fórum Internacional de Direito Penal Comparado*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989.
10. MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*. Mãe de Aluguel. Curitiba: Genesis, 1998, 173 p.
11. MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 354 p.
12. OLIVEIRA, Maria de Fátima. *A necessidade de "redução de embriões" é uma decorrência da iatrogenia intencional*. Belo Horizonte, 2000, p. 2. Artigo veiculado na lista Bioética, em maio/2000 (<http://www.widesoft.com.br/cgi-bin/majordomo/index/bioetica>).
13. \_\_\_\_\_. Expectativas, falências e poderes da medicina da procriação: gênero, racismo e bioética, in *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*, Organização de Lucila Scavone, São Paulo: Editora da UNESP, 1996.
14. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 217.
15. SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito 'in vitro': da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, 224 p.
16. SCAVONE, Lucila (Organizadora). *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
17. SILVA, Margareth Martha Arilha. *Tecnologias Reprodutivas. A concepção de novos dilemas*. São Paulo: Women's Health Coalition, 1991.
18. SOARES, Denise Souza. Biotecnologia, reprodução assistida e ordem jurídica. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, v.1, pp. 289-308, 1991.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Jussara. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 19-21.