

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito

Juliana de Alencar Auler Madeira

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: limites éticos à legislação

BELO HORIZONTE

2016

Juliana de Alencar Auler Madeira

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: limites éticos à legislação

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade”, na área de estudo “Hermenêutica Jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica: interação entre saberes em prol da efetividade dos direitos humanos e fundamentais”, como requisito parcial à obtenção do título de doutor em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale.

BELO HORIZONTE

2016

Juliana de Alencar Auler Madeira

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: limites éticos à legislação

Tese apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do título de doutora em Direito.

Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale (orientadora)

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Aos meus pais e à Pati, meu recanto de aconchego e amor.
Ao Danilo, meu recanto de felicidade.

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, pela acolhida e orientação dedicada, introduzindo-me nos conhecimentos da filosofia do direito. O tratamento gentil e atencioso que recebi em todos os nossos encontros, aliado às lições de direito e de vida, tornou o desenvolvimento da tese um processo de aprendizado e crescimento, pelo qual sou, sinceramente, grata.

À Professora Silma Mendes Berti, pelo valioso e imprescindível auxílio durante a elaboração desta tese, conduzindo-me nos estudos sobre o início da vida. Mais do que uma referência e um exemplo profissional, é uma pessoa muito querida, de quem tive o privilégio, certamente não merecido, de tornar-me filha do coração.

À Professora Elena Gomes, pelo material bibliográfico, pelas contribuições à definição do objeto de estudo e pelos conselhos, mas, sobretudo, por me prestigiar com uma amizade sincera, que espero sempre cultivar.

Aos demais professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais ora não citados, mas sempre lembrados com gratidão e admiração.

Aos colegas da pós-graduação, que dividiram conhecimentos e experiências, ampliando meus horizontes, especialmente à Paula, à Inês, à Patrícia, ao Ernane e ao Marcelo, pela convivência, pelo compartilhamento de ideias e pela prontidão do auxílio.

Aos servidores da Faculdade de Direito, sempre prontos a ajudar.

Ao Danilo, meu marido, pelos abraços que aliviaram a permanente angústia da escrita da tese e pelas palavras de conforto que acalmaram o coração. Sou-lhe grata pela paciência para ouvir minhas ideias, dúvidas e angústias, pela disponibilidade para discutir interminavelmente o tema proposto, pelas críticas e sugestões que certamente conduziram-me a realizar um melhor trabalho e pela compreensão da minha ausência nas manhãs, noites e nos finais de semana de dedicação aos estudos.

À minha família, suporte afetivo e razão da minha existência. Em especial, ao meu pai, incentivador dos meus estudos desde a tenra infância, à minha mãe, meu socorro de todos os momentos e fonte de apoio emocional nesta jornada e à minha irmã, com quem dividi as angústias e ansiedades diante de cada obstáculo.

À Aparecida Jabour, pela compreensão que facilitou a difícil tarefa de conciliar trabalho e estudos.

RESUMO

Pretendeu-se, com o presente trabalho, demonstrar a necessidade de legislar sobre reprodução assistida no Brasil e orientar o legislador na tarefa de estabelecer normas para reger a conduta médica no uso das tecnologias reprodutivas. A pesquisa, teórica e pluridisciplinar, abordou os aspectos médicos, éticos e jurídicos da reprodução assistida, buscando elucidar a complexidade das questões por ela suscitadas e que devem ser reguladas pelo Direito. A profunda reflexão ética sobre a reprodução assistida não foi acompanhada por uma correspondente reflexão jurídica no Brasil, de modo que, apesar do uso frequente da técnica, ainda não há uma disciplina legislativa específica sobre a matéria, regida apenas por normas do Conselho Federal de Medicina. A proposta de tratamento legal da reprodução assistida parte da responsabilidade como princípio e da necessidade de pensar e usar a técnica sempre em benefício do ser humano, cuja dignidade deve ser respeitada e protegida. Assim, no emprego da reprodução assistida, a dignidade da pessoa humana e a observância dos princípios constitucionais impõem restrições à prática médica, sobretudo quanto à manipulação e ao tratamento do embrião, cuja vida e integridade física devem ser resguardadas.

ABSTRACT

The objective of this study was to demonstrate the need for legislation on assisted reproduction in Brazil and to guide the legislator in the task of establishing standards for medical practice in the use of reproductive technologies. The research, theoretical and multidisciplinary, included medical, ethical and legal aspects of assisted reproduction, intending to elucidate the complexity of the issues raised by it, that should be governed by the law. The deep ethical reflection on assisted reproduction was not followed by a corresponding legal reflection in Brazil, so that, despite the frequent use of the technique, there is still no specific legislative discipline on the matter, governed only by the rules of the Federal Council of Medicine. The proposed legal treatment of assisted reproduction is based on the responsibility as a principle and on the need to think and use the technique always for the benefit of human beings, whose dignity must be respected and protected. Thus, in the use of assisted reproduction, human dignity and constitutional principles impose restrictions on medical practice, especially regarding the handling and treatment of the embryo, whose life and physical integrity must be safeguarded.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
TÍTULO I: É PRECISO LEGISLAR SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL?.....	12
1. COMPREENDENDO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	12
1.1 A infertilidade e o desejo do filho.....	12
1.2 A reprodução assistida: panorama médico.....	17
2. O PONTO DE PARTIDA: A REFLEXÃO BIOÉTICA.....	23
2.1 A biotecnologia e o repensar da ética médica.....	23
2.2 A construção da bioética como um novo saber.....	28
2.3 A bioética e a necessidade de pensar a produção e aplicação do conhecimento científico.....	38
2.4 Reflexões éticas sobre a reprodução assistida.....	49
3. A INSUFICIÊNCIA DA BIOÉTICA NA FUNÇÃO NORMATIVA E A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO LEGISLATIVA.....	67
3.1 A medicina como um fenômeno social.....	67
3.2 O pluralismo moral e a bioética.....	72
3.3 A potencial contribuição do direito positivo na fixação dos limites à autorregulamentação pelos médicos.....	85
4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL.....	95
4.1 A técnica no Brasil.....	95
4.2 Regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina	100
4.3 Preencher lacunas	105
TÍTULO II: PREMISSAS PARA UMA LEGISLAÇÃO SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	111
1. GERAR UM FILHO: UM DIREITO?.....	111
1.1 Direitos reprodutivos e o direito de procriar.....	111
1.2 A proteção jurídica da vontade de ter um filho.....	119
2. A PREVENÇÃO DE DANOS FUTUROS: RESPONSABILIDADE E PRECAUÇÃO COMO MARCOS ÉTICOS E JURÍDICOS.....	130
2.1 A responsabilidade na sociedade biotecnológica.....	131
2.2 O princípio da precaução e o legislador.....	141
2.3 Responsabilidade, precaução e futuras gerações.....	150

3. O SER X O DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO: UMA NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO.....	156
3.1 O paradoxo do desenvolvimento científico no âmbito da biomedicina.....	156
3.2 A necessária compatibilização entre o uso da técnica e a proteção ao ser humano.....	170
3.2.1 A dignidade da pessoa humana como limite.....	176
3.2.2 A intervenção do Estado para o resguardo da dignidade e dos direitos do homem.....	181
3.3 A imperiosa proteção do embrião humano.....	188
TÍTULO III: PONTOS CONTROVERTIDOS: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM.....	199
1. LICITUDE E FINALIDADE DA TÉCNICA.....	199
2. ACESSO AO TRATAMENTO.....	210
2.1 Do direito de acesso à técnica pelos casais homoafetivos.....	211
2.2 A opção pela monoparentalidade e o melhor interesse da criança por vir.....	218
3. DOAÇÃO DE GAMETAS E CESSÃO DE ÚTERO.....	227
3.1 Tutelando doadores e seus gametas.....	228
3.2 A gratuidade da doação.....	233
3.3 O anonimato dos doadores e o direito ao conhecimento da ascendência genética.....	237
3.4 Cessão temporária de útero.....	241
4. PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO GERADO <i>IN VITRO</i>.....	251
4.1 Limites à manipulação e à instrumentalização.....	252
4.2 Embriões supranumerários e o direito ao livre desenvolvimento.....	259
5. SELEÇÃO EMBRIONÁRIA E EUGENIA.....	264
5.1 Diagnóstico pré-implantatório e seleção embrionária.....	265
5.2 Reprodução assistida: portas abertas à nova eugenia?.....	276
CONCLUSÃO.....	281
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	293

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da medicina e da biotecnologia no século XX abriu portas ao conhecimento do início da vida humana e da constituição genética do indivíduo. A capacidade de isolar óvulos e espermatozóides para, posteriormente, realizar a fecundação em laboratório, gerando a vida *in vitro*, possibilitou à ciência o acesso ao ser humano em sua fase de vida mais desconhecida, a de embrião.

Criada como técnica médica para solucionar problemas relacionados à infertilidade, a reprodução assistida abriu uma gama de possibilidades de intervenção médica sobre a vida humana embrionária, inclusive com a identificação e a modificação do código genético do indivíduo.

No entanto, a despeito das promessas sempre ambiciosas da ciência, questões éticas não tardaram a ser levantadas por médicos, filósofos e bioeticistas. A manipulação da vida humana embrionária, certamente, não poderia se dar sem uma orientação ética, que extrapola a ética médica tradicional centrada na beneficência.

Na medida em que a técnica evolui, o debate ético torna-se mais acirrado e o consenso parece cada vez mais difícil. Entre os cientistas ávidos pela liberdade de pesquisa e de ação e os religiosos cautelosos, reside uma classe de estudiosos cujo pensamento oscila entre a liberdade, a responsabilidade e a necessidade de limites.

A despeito da discussão acadêmica e social no âmbito ético, verifica-se, no Brasil, um escasso debate jurídico sobre o tema. Os juristas dedicados ao estudo das questões bioéticas deparam-se com a ausência de legislação específica e com pouca receptividade aos debates sobre o tema, frequentemente relegado às esferas da teologia e da ética.

Se há uma certeza a ser reconhecida, trata-se da afirmação de que as questões bioéticas desafiam juristas e legisladores. A penetração na área médica, complexa e pouco palpável, representa, já de início, um obstáculo desanimador. Além disso, a dificuldade de consenso quanto aos limites que devem ser impostos impede uma caminhada por terrenos mais seguros.

Embora haja um consenso quanto à necessidade de tratamento legal da reprodução assistida no Brasil, identifica-se na doutrina certa dificuldade para abordar o assunto do ponto de vista jurídico. O berço do receio para tratar do tema parece residir, de fato, na ausência de previsão legal, tão cara a todos aqueles que se dedicam a estudar o

Direito. Contudo, é justamente pela falta de uma disciplina legal que o tema se torna espaço aberto e promissor às discussões jurídicas.

A reprodução assistida não pode passar despercebida aos juristas, que argumentam tratar-se de problema ético. Na medida em que interfere na geração e no desenvolvimento da vida humana embrionária, ela toca, sensivelmente, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade do ser ainda em formação. Além disso, suas práticas devem encontrar respaldo na lei, a fim de que sejam orientadas à proteção de todos os envolvidos, especialmente do novo ser.

A pedra de toque da reprodução assistida é a nova vida que se forma. Em que pesem as necessárias normas éticas que devem preservar o bem-estar dos pacientes genitores, é o paciente embrião quem, de fato, clama pela intervenção jurídica, pois a evolução do Direito no sentido da proteção, indiscriminada, do ser humano não pode ser ignorada.

Identificar a pedra de toque é, no entanto, apenas o primeiro passo de uma jornada difícil e incerta. São inúmeras as dificuldades de se abordar a reprodução assistida dentro do Direito. Superar a concepção de que as questões médicas da contemporaneidade são apenas problemas éticos é um primeiro e significativo obstáculo. Relegar à ética a disciplina das condutas médicas nas clínicas e laboratórios de reprodução assistida é uma omissão jurídica imperdoável.

Incumbe ao Direito a proteção do ser humano e dos bens jurídicos que lhe são mais relevantes. Desse modo, não se pode furtar ao dever de regular as práticas da reprodução assistida, sob pena de tornar vazias as ricas conquistas alcançadas no âmbito dos direitos humanos, especialmente após a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948.

A prática da reprodução assistida como forma de superar problemas de infertilidade, permitindo a geração de um filho em laboratório, é uma realidade já consolidada. Entretanto, as possibilidades criadas pelo acesso à vida humana embrionária, sobretudo com a seleção e a modificação genética do novo ser, são questões que demandam reflexão jurídica, ainda que para serem permitidas, mas após longo e profundo debate sobre as consequências imediatas e futuras, bem como sobre os direitos do embrião.

Não é propósito deste trabalho encontrar soluções para as questões geradas pela reprodução humana, o que certamente poderia provocar uma frustração. Seja pelas posições divergentes e enfáticas adotadas por estudiosos e pela sociedade em relação a vários aspectos envolvendo a reprodução assistida, seja pelo ainda iniciante debate no

campo do Direito, as questões que dela emanam carecem ainda de muita reflexão até que se possa, com segurança, estabelecer uma regulação democrática e adequada. Pretende-se apresentar uma percepção da reprodução assistida sob a óptica do Direito, valendo-se das reflexões bioéticas e perpassando as normas do Conselho Federal de Medicina e os projetos de lei em trâmite, a fim de contribuir para o debate que deve preceder a elaboração de uma lei sobre o assunto.

Como ponto de partida, pergunta-se: é preciso legislar sobre reprodução assistida no Brasil?

TÍTULO I: É PRECISO LEGISLAR SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL?

1. COMPREENDENDO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida reúne um conjunto de técnicas médicas que auxiliam ou promovem a fecundação, facilitando a geração de um filho pelos pacientes. As técnicas da reprodução assistida foram pensadas, a princípio, como forma de tratamento ou de superação de problemas de infertilidade humana.

Surgiram, assim, como uma solução alternativa para os casais que enfrentavam a dificuldade ou a impossibilidade de gerar, por meios naturais, uma criança. Haja vista o papel da reprodução e da constituição de uma família na sociedade, as técnicas foram recebidas com entusiasmo e vistas como uma evolução positiva e benéfica do conhecimento biotecnológico.

No entanto, como forma de auxiliar a procriação, as técnicas de reprodução assistida ainda proporcionam um baixo índice de êxitos. Além disso, por implicarem a interferência do médico na relação íntima do casal e, sobretudo, a manipulação do embrião humano em laboratório, suscitam questões das mais diversas ordens.

Para estudar essas questões, contudo, é necessário, inicialmente, conhecer o problema que motivou as descobertas no âmbito da reprodução assistida e apresentar as técnicas médicas que a compõem.

1.1 A infertilidade e o desejo por um filho

A função reprodutiva foi exercida instintivamente pelo homem durante milhares de anos. Desde a antiguidade, entretanto, ela é valorizada e incentivada na sociedade¹. Diante da ânsia pela perpetuação da família, a infertilidade surge como um mal, uma angústia e, em algumas sociedades, como o desfalecimento social da pessoa incapaz de

¹ Relatos sobre infertilidade foram encontradas nos papiros de Kahoun, em 2.200 a. C. PETRACCO, Álvaro, BADALOTTI, Mariângela. Infertilidade: definições e epidemiologia. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997, p. 03.

gerar. Esse fardo, na maioria das vezes, é carregado pelas mulheres, historicamente vistas como símbolo da fertilidade e da maternidade.

Observa Eduardo de Oliveira Leite que as primeiras manifestações de arte representavam a mulher fecunda, capaz de gerar novos seres a exemplo da natureza. A representação feita pelos homens do corpo feminino deixa transparecer a origem de sua perplexidade em relação à fecundidade. O realce das formas é dado ao ventre, morada no novo ser, às nádegas e aos seios, representantes da sensualidade e da fertilidade. A mulher, de acordo com o autor, era equiparada à terra por seu misterioso e indecifrável poder de gerar a vida.²

Na Bíblia, no Antigo Testamento, lê-se que Sara, esposa de Abraão, afligida pela esterilidade, permitiu que ele e sua serva Agar concebessem uma criança.³ Também Raquel, filha de Labão, não foi capaz de gerar um filho de Jacó, seu marido. Motivada pela ânsia de satisfazer a vontade do companheiro, ela pede que ele receba sua serva como mulher, a fim de conceber nela uma criança.⁴

Para os povos primitivos, o instinto reprodutivo relaciona-se ao desejo de negar a morte e conservar a vida. A imortalidade seria alcançada por meio da descendência.⁵ Na Grécia e na Roma antigas, acreditava-se ser necessário o oferecimento dos banquetes fúnebres aos antepassados, a fim de que esses pudessem usufruir de uma felicidade eterna. Na antiguidade, prevalecia a crença de que o sepultamento garantia a morada da alma, evitando que ela vagasse como errante, e de que as cerimônias fúnebres possibilitavam o repouso e a felicidade do morto.⁶

Nesse período histórico, a religião era doméstica e o culto aos mortos somente poderia ser rendido pela família àqueles mortos com que tivessem laços de sangue. Apenas os descendentes poderiam realizar os funerais e oferecer os repastos fúnebres. A religião era, pois, propagada pela linhagem e a descendência exercia a função primordial de garantir a continuidade dos cultos familiares.

Dessa crença decorria a necessidade de que a família se perpetuasse, pois uma família que se extingue é um culto que morre. Se um matrimônio fosse estéril, portanto,

² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

³ Gn 16: 2-4.

⁴ Gn 30: 2-24.

⁵ STEVANATO, Luíza. Aspectos psicológicos da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984, p. 32-33.

⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Nélia Maria Pinheiro Padilha Von Tempski-Silka. V. I. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.25-28.

um irmão ou parente do marido deveria substituí-lo, a fim de gerar uma criança, que era considerada como filha do marido. Caso a mulher fosse estéril, o divórcio não era apenas um direito, era uma obrigação.⁷

Na Idade Média, a propagação do catolicismo e dos mandamentos bíblicos representou mais um incentivo à procriação. O casamento, redenção do pecado, era o seio da família e a infertilidade era tratada como castigo divino, expondo o casal ao repúdio social e à exclusão.

Importantes descobertas sobre a anatomia da mulher e a geração da vida são oriundas do Renascimento, sobretudo a partir dos estudos de anatomia desenvolvidos por Leonardo da Vinci.⁸ No final do século XVI, a invenção do microscópio, por Leenwenhoek, possibilitou a Johann Ham, um século mais tarde, constatar que a esterilidade pode ocorrer também por causa masculina, oriunda da ausência ou escassez de espermatozoides. A noção de esterilidade conjugal surgiu, portanto, no século XVII.⁹

Nos séculos XVII e XVIII, há um movimento de consideração da criança como inocente e necessitada de proteção. Esse movimento é reforçado por Rousseau, que assinala a maternidade como objetivo central na vida das mulheres. A valorização das crianças ensejou a valorização das esposas por sua fertilidade.¹⁰

A despeito dos progressos realizados, no século XIX, na descoberta das causas da infertilidade e na percepção dessa como um problema médico, passível, muitas vezes, de tratamento, a infertilidade ainda causa desconforto e desassossego, extrapolando o desejo insatisfeito pelo filho para representar o fracasso no papel reprodutivo e familiar. Da antiguidade até meados do século XX, a mulher, relegada a uma posição social secundária, encontrava na sexualidade e na fertilidade suas maiores angústias. De um lado, a vivência da sexualidade estava intimamente relacionada à procriação, de maneira que o filho era consequência necessária – por vezes, indesejada – do ato sexual. De outro lado, no casamento, a fecundidade tornava-se um dever conjugal e social, cujo descumprimento poderia gerar muito desconforto.

A pretensão de desvincular a reprodução do ato sexual foi estudada, inicialmente, na perspectiva da contracepção. Desenvolveram-se métodos que evitam a concepção,

⁷ COULANGES, 2008, p. 49-52.

⁸ CORREIA, Clara Pinto. *O ovário de Eva: a origem da vida*. Tradução de Sônia Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 147.

⁹ LEITE, 1995, p. 18.

¹⁰ MOLINA, María Elisa. Transformaciones histórico culturales del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer. *Psykhé*, Santiago, v. 15, n. 2, p. 93-103, nov. 2006.

permitindo à mulher a vivência da sexualidade sem a necessária consequência da gravidez. No entanto, a possibilidade da contracepção não bastou para satisfazer os anseios femininos, pois a incapacidade de gerar um filho ainda remanesce como uma frustração. Essa outra face da insatisfação feminina fomentou os estudos na seara da infertilidade e da reprodução humana.

Para a Organização Mundial de Saúde, a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo definida como a incapacidade de alcançar a gestação após doze meses de relações sexuais regulares e sem contracepção¹¹. É, pois, a incapacidade de um casal sexualmente ativo e sem contracepção de alcançar a gravidez após um ano¹².

Entre os principais fatores que causam a infertilidade estão os distúrbios ovulatórios, a disfunção tubária, a endometriose, as alterações no muco cervical, a disfunção coital e na espermomigração e as alterações seminais, sendo ainda alta a incidência de infertilidade sem causa aparente.¹³ A idade da mulher também exerce influência sobre a fertilidade, tanto em decorrência da redução numérica dos óvulos, quanto em virtude da menor qualidade desses.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a infertilidade afeta 15% dos casais em idade reprodutiva no mundo. Embora as causas masculinas sejam responsáveis por 50% das dificuldades enfrentadas pelos casais para conceber, o fardo social recai, desproporcionalmente, sobre as mulheres. É comum o divórcio no caso de infertilidade e, em culturas poligâmicas, aceita-se que o marido contraia novo matrimônio, assumindo uma segunda esposa. Além disso, em muitas culturas, mulheres sem filhos sofrem discriminação e são estigmatizadas.¹⁴

A infertilidade não é, pois, um problema restrito à esfera médica. A dificuldade de gerar filhos pelas vias naturais é vivenciada, em muitos casos, com consequências emocionais e psíquicas negativas. Rose Marie Massaro Melamed esclarece que os casais portadores de alguma forma de infertilidade apresentam, comumente, certo grau de

¹¹ ZEGERS-HOCHSCHILD et al. Glossary of ART Terminology. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009. *Fertility and Sterility*, v. 92, n. 5, p. 1520-1524, nov. 2009.

¹² No original: "Infertility is the inability of a sexually active, non-contracepting couple to achieve pregnancy in one year". WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Infertility definitions and terminology*. Disponível em: <<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>>. Acesso em 05 de setembro de 2015.

¹³ PETRACCO, 1997, p. 03.

¹⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Who Bulletin. Mother or nothing: the agony of infertility. Bull World Health Organ 2010, p. 881-882. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/bulletin_88_12/en/>. Acesso em 05 de setembro de 2015.

comprometimento emocional. A afronta à realização do desejo de ter filhos, impossibilitando o cumprimento da função parental esperada pela sociedade, pode desencadear sentimentos de culpa e vergonha.¹⁵

Na literatura, observa-se a dificuldade dos pacientes de lidar com os sentimentos de fracasso, ansiedade e culpa oriundos da incapacidade de conceber. A infertilidade representa, assim, fonte de estresse, que pode causar um estado de instabilidade emocional, com implicações na estrutura básica do ego. Entre as alterações psicológicas mais comuns nos casais que passam por esse problema, destacam-se a depressão, a tristeza, a raiva, a frustração, a culpa, o choque, a negação, a ansiedade e a angústia ou desespero.¹⁶

Relata Kusnetzoff que, para os casais que padecem de infertilidade, a biologia da reprodução revela situações traumáticas, perdas dolorosas, sentimentos de inadequação, ciúmes e inveja, inseridos em um processo de interação com profissionais médicos, que penetram na esfera íntima do casal. Explica, ainda, que, na prática clínica, a experiência da infertilidade assemelha-se, em alguns aspectos, à aceitação da morte de um ente querido ou ao diagnóstico de uma doença crônica. Identificam-se, na reação dos pacientes diante do diagnóstico, as diferentes etapas do luto: negação inicial, choque posterior, raiva, aceitação e depressão, até a aceitação definitiva do problema.¹⁷

As principais dificuldades de lidar com a ausência involuntária de filhos parecem residir na representação social da maternidade e da paternidade. A frustração do projeto parental é evidenciada como a primeira desilusão enfrentada pelos casais inférteis. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, o processo de angústia pelo fracasso no projeto de paternidade é ditado pelo ambiente familiar e pelo meio social. A ausência do filho rompe a cadeia familiar e impede que o homem e a mulher abandonem, definitivamente, a condição de filho para assumir o papel de pai ou mãe. Além disso, o filho possibilita uma ideia de imortalidade, de que o homem poderá perpetuar-se na continuidade de sua descendência.¹⁸

¹⁵ MELAMED, Rose Marie Massaro. Infertilidade: sentimentos que decorrem. In: MELAMED, Rose Marie Massaro, QUAYLE, Julieta (org.). *Psicologia em Reprodução Assistida: Experiências brasileiras*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006, p. 71.

¹⁶ MELAMED, Rose Marie Massaro, RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. O casal infértil e o profissional de saúde mental – possíveis abordagens. In: MELAMED, Rose Marie Massaro, QUAYLE, Julieta (org.). *Psicologia em Reprodução Assistida: Experiências brasileiras*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006, p. 169.

¹⁷ KUSNETZOFF, J. C. Aspectos emocionais do casal infértil. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997, p. 20.

¹⁸ LEITE, 1995, p. 24.

Para Marina Ferreira da Rosa Ribeiro, uma das representações presentes na concepção que motiva a busca inarredável por um filho biológico é a realização narcísica de transmitir a herança genética para futuras gerações. Afirma que o desejo de ter um filho e a compreensão compartilhada da sucessão de gerações são carregados de significados inconscientes que afetam nosso senso de identidade. Por isso, a tentativa de conceber um filho gera momentos de intensa emoção na vida do casal e, quando esse desejo não se realiza, muitos sentimentos, como a frustração, a impotência e a inferioridade, podem eclodir.¹⁹

A infertilidade é, pois, um sofrimento silencioso, marcado por um sentimento de inferioridade, que pode ser decorrente do estigma dado à infertilidade, tratada como um castigo em comparação com a fertilidade, tratada como uma bênção.²⁰

Os sentimentos negativos advindos da incapacidade de gerar filhos são mais acirrados nas mulheres, que veem o problema como uma falha no papel reprodutivo dela esperado. Para elas, cada menstruação é vivida como luto que vai, gradualmente, instalando um “perfil de incapacidade”.²¹ A menstruação é experimentada como se a mulher estivesse perante um aborto espontâneo, pois já havia um investimento do óvulo-feto.²²

A face mais grave da infertilidade não é, portanto, a deficiência na função reprodutiva. É, sim, a renúncia ao projeto parental. Embora a incapacidade de se reproduzir seja vista, nos países ocidentais, como uma questão médica somente, o forte anseio por gerar um filho remanesce entre muitos casais, para os quais a infertilidade aparece como a frustração de um sonho. O anseio desesperado desses casais foi a principal motivação das pesquisas médicas que culminaram no êxito da geração da vida em laboratório.

1.2 A reprodução assistida: panorama médico

Reconhecendo a necessidade de adoção de conceitos padronizados internacionalmente no âmbito da reprodução assistida, a Organização Mundial de Saúde adotou um glossário, elaborado pelo *International Committee of Monitoring Assisted*

¹⁹ RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida*. São Paulo: Casa do psicólogo, 2007, p. 29.

²⁰ *Ibidem*, p. 35-36.

²¹ KUSNETZOFF, J. C., 1997, p. 22.

²² SEIXAS, Constança; FÁRIA, Maria da Conceição. O bebê que não veio. *Análise Psicológica*, v. 1-2 (XIII), p. 101-110, 1995, p.104.

Reproductive Technology – ICMART, do qual constam os principais termos relacionados a essa técnica médica e suas respectivas definições.²³

No documento, a reprodução tecnologicamente assistida é definida como o conjunto de tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação *in vitro* de oócitos e esperma humano ou de embriões, com a finalidade de se estabelecer uma gravidez.²⁴ Elas abrangem técnicas que manipulam isoladamente os gametas masculinos, depositando-os no trato genital feminino, e aquelas em que a união entre o ovócito e o espermatozoide é assistida laboratorialmente, com a posterior transferência do zigoto gerado.²⁵

Trata-se, pois, de um conjunto de técnicas médicas que têm como finalidade propiciar a geração de um filho a pessoas que não conseguem conceber por vias naturais. Apesar de receber diferentes nomenclaturas – “fecundação artificial”, “reprodução artificial”, “procriação assistida” –, neste trabalho, optou-se por utilizar o termo “reprodução assistida”, haja vista que a fecundação é auxiliada por meios médicos.²⁶

Embora a utilização da técnica em seres humanos seja recente, a prática da inseminação artificial em animais é antiga. Relata Heloísa Helena Barboza que os árabes e os babilônios praticavam inseminação artificial em palmeiras para obter maior número de tâmaras e que, nos séculos XIV e XV, também se verificou a utilização da técnica em peixes e no bicho da seda. De acordo com a autora, no entanto, a prova científica de que a reprodução seria possível sem o acasalamento ocorreu em 1777, com a experiência realizada por Lázaro Spallanzani em cachorros.²⁷

Estudando a importância do sêmen para a reprodução, Spallanzani realizou a fecundação artificial de vários animais com a utilização do líquido seminal deles e obteve sucesso semelhante ao da fecundação natural. O pesquisador esfregou ovos de rã e sêmen e observou o desenvolvimento do ovo. A experiência foi repetida no bicho-da-seda e em cães. Nesse último caso, ele extraiu os óvulos da fêmea canina e os banhou no sêmen colhido do macho, obtendo um embrião. Em seguida, realizou o mesmo procedimento,

²³ ZEGERS-HOCHSCHILD et al, 2009.

²⁴ No original: “Assisted reproductive technology (ART): all treatments or procedures that include the *in vitro* handling of both human oocytes and sperm or of embryos for the purpose of establishing a pregnancy”. *Ibidem*, p. 1521.

²⁵ DONADIO, Nilson; DONADIO, Nilka Fernandes. Reprodução Humana laboratorialmente assistida. In: DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto; MELO, Nilson Roberto de (org.). *Reprodução Humana II: infertilidade, anticoncepção e reprodução assistida*. São Paulo: Organon, 1997, p. 137.

²⁶ Esclarece Heloisa Helena Barboza que artificiais são os meios utilizados para obter a fecundação e não essa em si. BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 32.

²⁷ *Ibidem*, p. 32.

porém, injetando o sêmen no interior do útero da fêmea, que estava no cio, por meio de uma pequena seringa introduzida na vagina. A gestação foi constatada no 62º dia após a inseminação.²⁸

Em 1790, John Hunter publicou o primeiro trabalho sobre o uso de inseminação artificial homóloga em um caso de hipospadia, no qual ele injetou o sêmen do marido no útero da esposa.²⁹ Ainda no final do século XVIII, nota-se a tentativa da medicina de tratar da infertilidade por meios cirúrgicos. Berthold narrou os benefícios do transplante de testículos em galos castrados e Tyler Smith propôs a reparação das trompas de Fallopio obstruídas.³⁰

Girault e Jaime Marion Sims, no século XIX, também obtiveram resultados positivos com a técnica. Contudo, o primeiro caso de inseminação artificial heteróloga, isto é, com o emprego de sêmen de um doador, foi realizado por Pancoast em 1884.³¹ Alguns anos após, John Dickinson começou a utilizar a inseminação artificial em seres humanos.³² No final do século XIX, Walter Heape demonstrou a possibilidade de recolher embriões no corpo de uma coelha e de implantá-los em uma outra fêmea.³³

Entretanto, a fertilização *in vitro* em humanos começou a ser estudada apenas em 1944, quando os biólogos Rock e Menkin obtiveram quatro embriões normais após mais de uma centena de óvulos colhidos e colocados na presença de espermatozoides. A essa fecundação artificial seguiu-se o êxito obtido por Smith no congelamento de embriões em 1953.³⁴

A demonstração, por Jean Rostand, da possibilidade de conservação de espermatozoides por congelamento, sem alteração da sua viabilidade, auxiliou o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, permitindo a criação dos bancos de esperma.³⁵

A criação dos bancos de sêmen nos Estados Unidos na época da segunda guerra mundial, entre 1940 e 1945, suscitou questionamentos acerca de um suposto recrutamento

²⁸ CORREIA, 1999, p. 251-263.

²⁹ NEUSPILLER, N. Inseminação Artificial. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997, p. 577.

³⁰ TESTART, Jacques. *A Fertilização Artificial*. Tradução de Sônia Goldfeder. São Paulo: Editora Ática, 1993, p. 10.

³¹ BRAGA, José Maria Frutuoso. Aspectos sócio-econômicos e religiosos da inseminação artificial humana. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984, p.02.

³² LEITE, 1995, p. 31.

³³ TESTART, op. cit., p. 10-11.

³⁴ LEITE, 1995, p. 41.

³⁵ TESTART, op. cit., p. 12.

de candidatos selecionados que deveriam inseminar as melhores mulheres para se obter uma elite inteligente e bem constituída fisicamente. Durante esse período, foram realizadas várias inseminações artificiais com o sêmen dos soldados americanos que participavam da guerra, das quais resultaram cerca de vinte mil crianças, que foram consideradas filhas legítimas por decisão da Corte Suprema de Nova York em 1945.³⁶

Durante as décadas de 1960 e 1970, os cientistas dedicaram-se ao estudo da fertilização *in vitro*. Após o êxito alcançado com a introdução do sêmen na cavidade uterina da mulher, o novo desafio centrava-se na tentativa de fertilizar o óvulo em laboratório, em ambiente extracorpóreo, a fim de realizar, depois de fertilizado, a transferência para o útero.

Na década de 1970, os pesquisadores Edwards e Steptoe utilizaram o tratamento hormonal para estimular o crescimento dos folículos ovarianos e a obtenção de diversos óvulos, ao invés de um só.³⁷ O aumento do número de óvulos majorou as chances de fecundação e culminou por propiciar o nascimento, em 20 de julho de 1978, em Oldhem, na Inglaterra, de Louise Joy Brown, o primeiro bebê gerado a partir de fertilização *in vitro*. Em seguida, médicos indianos coordenados por Saroj Kanti Bhattaahaya também obtiveram sucesso no nascimento de um bebê gerado pela mesma técnica. No Brasil, o primeiro bebê nasceu em 07 de outubro de 1984, em São José dos Pinhais, no Paraná.

Apesar de recente, a reprodução assistida tornou-se largamente utilizada no tratamento de casais inférteis. O crescimento dos estudos e das pesquisas nessa área do conhecimento propiciou melhores resultados com menores riscos. No entanto, a fecundação traz mistérios inacessíveis ao homem e, por isso, a despeito da evolução técnica da reprodução assistida, ela ainda encontra muitos obstáculos, não compreendidos pela medicina, à concepção.

A reprodução assistida abrange quatro técnicas.

A inseminação artificial é técnica na qual se realiza a introdução do sêmen, do marido ou de um doador, no trato genital feminino.³⁸ Nesse procedimento, o líquido seminal é levado, por meio de artifício, aos órgãos genitais femininos.³⁹

Consiste, pois, na introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher, facilitando o processo da fecundação. Há, também, as técnicas de introdução do

³⁶ BARBOZA, 1993, p. 33.

³⁷ LEITE, 1995, p. 42.

³⁸ NEUSPILLER, 1997, p. 577.

³⁹ FONSECA, Joaquim de Paula Barreto. Aspectos médico-legais da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984, p.17.

sêmen na vagina – inseminação intravaginal -, no colo do útero – cervical –, no interior da trompa – intratubária – e no fundo do saco vaginal – intraperitoneal, mas a técnica de aplicação do sêmen na cavidade uterina é a mais utilizada e a que revela melhores resultados.⁴⁰

É classificada como homóloga, quando o sêmen utilizado para a fecundação é proveniente do marido ou companheiro, e heteróloga, quando o sêmen é proveniente de um terceiro, o doador. A inseminação artificial homóloga é indicada, comumente, quando o marido ou companheiro sofre de algum transtorno de ejaculação ou quando há baixa qualidade ou quantidade de espermatozoides. Neste último caso, o sucesso da inseminação artificial reside na diminuição dos obstáculos naturais aos quais estão expostos os espermatozoides, como a acidez vaginal, a distância e a concentração de espermatozoides nas proximidades do oócito. Além disso, o sêmen é preparado, a fim de que se tenha maior quantidade de células com melhor morfologia e motilidade direcional rápida no menor volume possível de plasma seminal.⁴¹

A técnica é indicada também para a superação de problemas femininos que dificultam a chegada dos espermatozoides ao oócito, como a insuficiência do muco cervical ou a presença de anticorpos antiespermatozóides no soro ou muco da mulher.⁴²

A inseminação artificial heteróloga é empregada quando o sêmen do marido ou companheiro não pode ser utilizado. Nessa situação, há o recurso aos gametas de um doador, que é previamente selecionado e cujo material biológico encontra-se armazenado em um banco de sêmen.

A transferência intratubária de gametas, também conhecida como GIFT - *Gamete Intrafallopian Transfer* – consiste na transferência de espermatozoides móveis e oócitos maduros para a porção ampolar da trompa de Falópio. A GIFT é indicada, sobretudo, para casos de infertilidade sem causa aparente e endometriose, embora seja utilizada também em outros casos. A principal vantagem da técnica é permitir que a fertilização e o transporte tubário ocorram de maneira fisiológica.⁴³ Como os gametas são colocados no interior da trompa de Falópio, na GIFT, a fecundação, a migração e a nidação ocorrem em

⁴⁰ LOPES, Joaquim Roberto Costa et al. Inseminação Intra-uterina. In: DONADIO, Nilson. MELO, Nilson Roberto de (org.). *Reprodução humana II: infertilidade, anticoncepção, reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Febrasgo, 1997, p. 124.

⁴¹ NEUSPILLER, 1997, p. 577.

⁴² NEUSPILLER, 1997, p. 578.

⁴³ BALMACEDA, J. P., GOLDSMAN, M. P. Transferência Intratubária de Gametas (GIFT). In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997, p. 591-596.

condições naturais. A principal vantagem da GIFT em relação à fertilização *in vitro* é que, na primeira, a fecundação ocorre *in vivo*, evitando-se a manipulação laboratorial do embrião.⁴⁴

A fertilização *in vitro* é técnica de reprodução assistida na qual a fecundação ocorre em ambiente extracorpóreo.⁴⁵ A concepção ocorre *in vitro* e o embrião gerado é, posteriormente, transferido para o útero da mulher. Faz-se a estimulação dos ovários da mulher, por meio de injeções hormonais, para que desenvolvam vários folículos e, assim, vários óvulos – em média, nove por paciente –, os quais são aspirados do corpo da mulher com a ajuda de uma longa agulha, mediante acompanhamento por ecografia. Os ovócitos obtidos são colocados em solução nutritiva e, após, em contato com o espermatozóide, gerando, assim, o embrião.⁴⁶

De acordo com Jacques Testart, menos de um em cada três embriões é capaz de evoluir até o nascimento, surgindo, disso, a vontade de médicos e pacientes de implantar o maior número possível de embriões, assumindo o possível risco de induzir uma gravidez múltipla.⁴⁷ O autor chama atenção para os riscos da fertilização *in vitro*, afirmando que, a despeito de suas enormes vantagens, a técnica demanda a invasão sobre o corpo para a colheita dos ovócitos e para a transferência dos embriões. Além disso, a estimulação dos ovários gera efeitos colaterais como o aumento de peso, vertigens, vômitos e dores abdominais. Destaca, ainda, o risco de gravidez múltipla, responsável pelo nascimento de crianças prematuras e de maior mortalidade no primeiro mês de vida.⁴⁸

Por último, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides é técnica auxiliar à fertilização *in vitro* que consiste na deposição mecânica de um único espermatozoide no interior do citoplasma oocitário. É utilizada no tratamento da infertilidade decorrente de fator masculino e na presença de espermatozoides sem poder fertilizante.⁴⁹ O espermatozoide introduzido no ovócito se transforma no pró-núcleo masculino, possibilitando sua fusão com o pró-núcleo feminino e a consequente fertilização.⁵⁰

⁴⁴ LEITE, 1995, p. 42.

⁴⁵ ZEGERS-HOCHSCHILD et al, 2009.

⁴⁶ TESTART, Jacques, 1993, p. 40-43.

⁴⁷ Ibidem, p. 43.

⁴⁸ Ibidem, p. 51.

⁴⁹ BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI). In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997, p. 621.

⁵⁰ DONADIO, Nilson; DONADIO, Nilka Fernandes. Reprodução Humana laboratorialmente assistida. In: DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto; MELO, Nilson Roberto de (org.). *Reprodução Humana II: infertilidade, anticoncepção e reprodução assistida*. São Paulo: Organon, 1997.

2. O PONTO DE PARTIDA: A REFLEXÃO BIOÉTICA

2.1 A biotecnologia e o repensar da ética médica

A reflexão sobre o agir ético na prática médica remonta à antiguidade clássica. No século V a. C., Hipócrates estabeleceu um código deontológico que pregava o respeito pelo paciente e o bom exercício da medicina. O caráter cogente do juramento, contudo, somente foi verificado muitos anos após, quando o ensino da medicina se estruturou academicamente e quando a lei regulamentou a prática médica.⁵¹

O *Corpus Hippocraticum* é formado por um conjunto de escritos médicos de épocas e escolas distintas que foram compilados no século III a.C. pela Biblioteca de Alexandria.⁵² De acordo com José Geraldo de Freitas Drumond, nos textos que o compõem, é possível identificar duas modalidades de moral: a ética e a etiqueta. A primeira, ética da filantropia, estaria caracterizada por uma moral altruísta de amor à humanidade, que busca o bem do paciente e exige do médico a prática de virtudes humanitárias como a compaixão, o respeito e a honestidade. A segunda, por sua vez, refere-se à ética da filotecnica e é explicitada por uma moral egoísta, que se preocupa com os interesses profissionais e com a preservação da reputação do médico mediante a construção de uma imagem decorosa do caráter e da conduta profissional.⁵³

A ética cunhada por Hipócrates e adotada, por muitos séculos, como orientação para os praticantes da arte médica, centrava-se na relação entre o médico e o paciente⁵⁴. No texto, os princípios morais centrais são a reverência aos mestres, o respeito ao sigilo

⁵¹ DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 2ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007, p. 23.

⁵² DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *O “Ethos” médico: a velha e a nova moral médica*. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2005, p. 96.

⁵³ *Ibidem*, p. 94.

⁵⁴ A prática médica também esteve associada a comportamentos morais e valores nas culturas cristã, budista, hinduísta confucionista e islâmica. De acordo com Antônio Moser e André Soares, havia, em outras culturas, formulações semelhantes ao juramento hipocrático, nas quais se pregava o dever de não causar dano, de proteger a vida humana, de aliviar o sofrimento e de cultivar uma boa relação com o paciente. Na Índia, no século I d. C., adotou-se o Juramento de Iniciação (Caraka Samhita) e, no Judaísmo, o Juramento de Asaph, provavelmente entre os séculos III e IV d. C. Os árabes seguiam os ensinamentos da obra “Conselho a um médico”, do século X d. C., e, na China, no século XVII d. C., adotou-se a obra “Os cinco mandamentos e as dez exigências”. MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. *Bioética: do consenso ao bom senso*. Petrópolis: Vozes, 2006, p.18.

profissional, o benefício incondicional ao paciente, o respeito à vida humana e a moralidade e a vida profissional irrepreensíveis.⁵⁵

Na Idade Média, a ética médica foi influenciada pelo cristianismo, com a introdução de uma ética messiânica, baseada na noção de amor ao próximo, que deve ser materializada pela caridade. Para o *ethos* médico cristão, não bastava o mandamento hipocrático da beneficência, inaugurando-se uma ética da filantropia, com a figura do médico filantropo.⁵⁶

Embora sejam muito antigas as práticas de tratamento e cura⁵⁷, o início do processo de profissionalização da medicina surgiu com a criação das primeiras faculdades de medicina nas universidades medievais, a partir do século XII. Na mesma época, foram promulgadas as primeiras leis que regulamentavam o exercício da prática médica, as quais deram ensejo a um processo de legitimação da atividade médica.⁵⁸

O nascimento da profissão médica originou, igualmente, a deontologia, bem como o aparecimento terminológico e conceitual da ética médica.⁵⁹

Na modernidade, as transformações sociais, políticas e econômicas provocaram uma ruptura entre ética e religião. A valorização da racionalidade científica e da liberdade influenciou a ética e, conseqüentemente, a ética médica. Apesar da referida ruptura, as primeiras regras deontológicas da prática médica foram elaboradas com base na escolástica cristã, influenciadas, sobretudo, por médicos, como Arquimateo e Arnau, pela legislação civil, pelo direito canônico e pela literatura teológico-moral.⁶⁰

A terminologia “ética médica” foi utilizada em 1803 por Thomas Percival, na obra intitulada *Medical Ethics: a code of institutes and precepts adapted to the*

⁵⁵ DRUMOND, 2005, p. 95.

⁵⁶ Ibidem, p. 105.

⁵⁷ Há notícias da prática de atos médicos a partir da idade do Bronze (3000 a 1100 a. C.) e na antiga idade do Ferro (1200 a 500 a. C.). Os conhecimentos médicos das civilizações antigas da África e Ásia Oriental, que incluíam diagnóstico, tratamento e prognóstico, influenciaram as culturas europeias na prática da Medicina. Nesse período, no entanto, as práticas eram associadas à magia e a encantamentos. Ibidem, p. 84.

⁵⁸ ALMEIDA, José Luiz Telles de. *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente*. Tese de Doutorado. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1999. 129 p., p. 21.

⁵⁹ Relata José Geraldo de Freitas Drumond que os primeiros tratados deontológicos denominados *medicus politicus* datam do século XV e foram redigidos primeiramente por Rodrigo de Castro (1542-1627), Johannes Bahn de Leipizig (1640-1718) e Friedrich Hoff Mann de Leyden (1738). DRUMOND, op. cit., 2005, p. 75-76.

⁶⁰ Nesse período, segundo Drumond, a ética passa a ser tratada como disciplina e como ética profissional, penetrando no sistema normativo da sociedade moderna. Tem-se, então, uma ética positiva, de domínio técnico e secular, preocupada com o bem-estar e a liberdade. Ibidem, p. 107-109.

*Professional conduct of physicians and surgeons*⁶¹, tida como precursora da deontologia médica. A obra abrange o papel do profissional, a relação terapêutica, a relação entre colegas e a relação com o Estado, descrevendo padrões de conduta e critérios de moralidade. Tornou-se modelo para a elaboração do código de ética da Associação Médica Americana, embora preservando os fundamentos da tradição hipocrática, inaugurou uma ética menos doutrinária e mais normativa.⁶²

A ética social teve sua maior expressão no Código de Ética elaborado pela Associação Médica Americana em 1847. Os fundadores da associação esperavam reformar a educação médica e melhorar a ética. O Código era baseado na obra de Percival e adaptado às necessidades e tradições americanas. O código foi revisto em 1903, ocasião em que recebeu um novo nome – Princípios de Ética Médica – e, novamente, em 1912 e em 1957. As disposições do código previam a obrigatoriedade do médico de respeitar os direitos dos pacientes, aceitar a disciplina da profissão, consultar quando necessário, manter o sigilo e ser bons cidadãos.⁶³

Esse código inspirou a criação de outros até que, em 1948, a Associação Médica Mundial elaborou o Código Internacional de Ética Médica, documento de grande relevância internacional no que se refere aos princípios éticos que devem ser observados pelos médicos.

Tradicionalmente, ensina Jonsen, a ética médica era fundada em três bases fundamentais: o caráter, o dever e a responsabilidade social. Com base em Hipócrates, a literatura médica construída ao longo dos anos descrevia as qualidades do bom médico, o decoro e o comportamento que ele deveria adotar com o paciente, buscando mantê-lo, dar-lhe confiança e deixá-lo grato. A ética médica estava fortemente vinculada à moralidade, dispendo, entre os deveres do médico, proclamados em juramentos ou em regras ditadas pela Igreja, pelo Estado ou pela profissão, o de beneficiar o doente, o de não lhe causar mal, o de guardar o sigilo, o de abster-se de explorar financeira e sexualmente os pacientes e o de demonstrar preocupação por aqueles mais necessitados da ajuda médica. Tais deveres, segundo Jonsen, relacionam-se mais profundamente a crenças morais do que a determinações do decoro.⁶⁴

⁶¹ PERCIVAL, Thomas. *Medical Ethics: a code of institutes and precepts adapted to the professional conduct of physicians and surgeons*. London, 1803.

⁶² DRUMOND, 2005, p. 110-112.

⁶³ JONSEN, Albert R. *The birth of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 08.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 04-06.

A literatura estabelecia, ainda, que os médicos deveriam mostrar-se mais dignos da confiança social, preocupação que ganhou ênfase na Idade Média, com o início do ensino da medicina em universidades e a propagação dos riscos de praticantes não treinados. A ética social da medicina era reguladora das relações profissionais, mas também se preocupava com a confiabilidade profissional, além de reforçar o monopólio sobre a cura.⁶⁵

Até o século XX, os princípios da ética médica fundavam suas bases no chamado paternalismo médico. Partia-se da compreensão que competia apenas ao médico decidir sobre o tratamento do paciente, ainda que houvesse a discordância desse, bem como de que aquele agiria sempre em busca do melhor para o paciente, conforme o princípio da beneficência. Assim, em razão do conhecimento específico de que dispunha e da legitimidade social, o médico era dotado de autonomia técnica para tomar decisões acerca do destino do paciente.⁶⁶

Ensina Drumond que, a despeito da revolução liberal, o paternalismo médico conseguiu chegar incólume à metade do século XX, mantendo-se entre o médico e o paciente uma relação clínica baseada no modelo monárquico ou vertical, caracterizada como relação de mando e obediência.⁶⁷

Contudo, o paternalismo médico entrou em crise no século XX. A noção de autonomia, desenvolvida sobretudo a partir do pensamento de Kant, e a de liberdade, difundidas na modernidade, não tardaram a gerar questionamentos acerca do livre poder de decisão do médico. A inclusão do paciente no processo de decisão tornou-se imperativa, culminando na exigência do que se convencionou chamar consentimento esclarecido.

A confiança na escolha do médico e na sua busca pelo bem-estar do paciente começou a ser questionada por esse, que chamou para si o poder de decisão sobre o próprio tratamento. Tal forma de pensar foi corroborada pela valorização e consagração dos direitos fundamentais de primeira geração.

Em meados do século XX, a tradição moral médica deparou-se, também, com significativas mudanças nas condições em que a medicina era praticada. O desenvolvimento da ciência, o acesso cada vez maior a médicos, o prestígio e o retorno

⁶⁵ JONSEN, 1998, p. 07.

⁶⁶ ALMEIDA, 1999, p.22.

⁶⁷ DRUMOND, 2005, p. 120.

financeiro auferido pelos médicos foram algumas das mudanças que abalaram a ética médica clássica.⁶⁸

Após a Segunda Guerra Mundial, as intervenções médicas se tornaram muito técnicas e a relação médico-paciente passou a ser intermediada por máquinas. O tratamento da tuberculose, a descoberta e a aplicação da penicilina, o desenvolvimento de vacinas, a realização das primeiras cirurgias cardíacas com o coração aberto e o surgimento da hemodiálise foram transformadoras de uma medicina passiva, que apenas tratava os sintomas, para uma medicina preventiva e curativa.

Além disso, as novas controvérsias sobre o que seria o bem e o que seria o mal para o paciente, especialmente nas questões relativas à vida e à morte, e a aproximação entre medicina, Estado e comércio desafiaram a ética tradicional. Teólogos e filósofos foram convidados a participar das discussões, que alcançaram, também, a esfera jurídica.⁶⁹

Joaquim Clotet arrola como significativas transformações da medicina no século XX o progresso das ciências biológicas e biomédicas, com a renovação das formas costumeiras de agir e decidir dos envolvidos, a socialização do atendimento médico, com o reconhecimento do direito de todo cidadão de ser atendido em sua saúde, a progressiva medicalização da vida, a emancipação do paciente, com a exigência do consentimento informado e a determinação de respeito à sua autonomia e a criação dos comitês de ética.⁷⁰

No contexto do rápido desenvolvimento biomédico, a ética hipocrática viu-se situada em um emaranhado de tecnologias, para as quais ela não trazia substrato normativo suficiente. A inserção da ciência em campos antes intocáveis e sacralizados, como a geração da vida, a morte e a constituição biológica dos seres vivos despertou, entre os cientistas e na sociedade, uma preocupação com os limites da intervenção humana sobre a natureza.

As questões que emergiram dessa evolução biotecnológica extrapolavam o âmbito da ética-médica hipocrática, centrada na relação médico-paciente. Muitas das novas reflexões fugiam dessa relação, versando sobre o meio-ambiente, sobre o equilíbrio ecológico e sobre a proteção do patrimônio genético. O salto tecnológico dado pela biologia e pela medicina demandou, assim, uma forma de reflexão interdisciplinar, com complexidade adequada à natureza das questões postas. Além disso, a divulgação dos

⁶⁸ JONSEN, Albert R. A History of Bioethics as Discipline and Discourse. In: JECKER, Nancy S., JONSEN, Albert R., PEARLMAN, Robert A. *Bioethics: An Introduction to the History, Methods and Practice*. Third Edition. Sudbury: Jones & Barlett Learning, 2012, p. 4.

⁶⁹ JONSEN, 1998, p. 11.

⁷⁰ CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? *Revista Bioética*, Brasília, v.1, n.1, nov. 2009.

experimentos com seres humanos realizados durante a Segunda Guerra Mundial suscitou uma reflexão sobre o papel e os limites da medicina e da ciência.

Na década de 1960, tiveram início os questionamentos por parte dos médicos das novas técnicas descobertas. Em 1960, na Conferência *Great Issues of Conscience in Modern Medicine*, realizada no Dartmouth College, em New Hampshire, cientistas e humanistas refletiram sobre os problemas inerentes ao progresso médico e científico. A mesma reflexão foi proposta na conferência *Man and his future*, realizada em Londres, em 1962, e na conferência *The Sanctity of Life*, em 1966. Tais eventos, de acordo com Jonsen, foram preparativos para o surgimento da bioética, pela preocupação neles manifestada com os prejuízos dos avanços médicos e científicos, reconhecidos não apenas como problemas técnicos a serem solucionados, mas também como questões éticas a exigir reflexão e discussão. Com a extensão do debate a acadêmicos e estudiosos das ciências humanas, inaugurou-se um diálogo entre cientistas e humanistas, fundado no desenvolvimento científico e nas questões éticas por ele suscitadas.⁷¹

É, pois, do conjunto de transformações sociais vivenciadas no século XX, especialmente no que concerne à evolução técnica da medicina e, paralelamente, a uma maior preocupação com os direitos do homem e com a aplicação, sobre o ser humano, desse novo conhecimento científico, que emerge a bioética. Proposta, a princípio, como uma forma de reflexão interdisciplinar, ela tornou-se uma nova área do saber que congrega médicos, biólogos, filósofos, teólogos e juristas em um mesmo propósito: encontrar parâmetros éticos a nortear o desenvolvimento biotecnológico.

2.2 A construção da bioética como um novo saber

Estabelecer um marco para o nascimento da bioética é, sem dúvida, uma pretensão impossível, pois todo movimento intelectual ou social inicia-se gradualmente. Como bem salienta Albert Jonsen, a bioética não se iniciou com um *big bang*, mas sim a partir de uma longa acumulação de preocupações sobre a ambiguidade do progresso científico.⁷²

⁷¹ JONSEN, 1998, p. 19.

⁷² *Ibidem*, p. 03.

Entre os estudiosos, é comum atribuir o surgimento da terminologia e da reflexão que a segue à publicação do artigo *Bioethics, science of survival*, de autoria do bioquímico norte-americano Van Rensselear Potter, em 1970.

A despeito de ser reconhecidamente Potter o criador do neologismo *bioética*, descobriu-se, posteriormente, que o termo foi utilizado, em 1927, por Fritz Jahr, em artigo intitulado *Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas*⁷³. Esse texto foi encontrado por Rolf Löther, da Universidade de Humboldt, e divulgado por Eve Marie Engel, da Universidade de Tübingen, apenas em 2004.⁷⁴

O conceito de bioética de Fritz Jahr parte do imperativo moral de Kant para determinar o respeito a todo ser vivo como princípio e fim em si mesmo. Ao incluir, no conceito, os animais e as plantas, Jahr expandiu os deveres éticos a todos os seres vivos, não com base em sua utilidade, como é o enfoque atual, mas por reconhecer seu valor intrínseco.⁷⁵

Deixando de lado a controvérsia sobre a origem do nome, a reflexão proposta pelo que hoje se denomina bioética iniciou-se, sem dúvida, antes da obra de Potter. Albert Jonsen aponta como tecnologias precursoras dos debates acerca de uma nova ética a orientar a prática médica o desenvolvimento, em 1950, do aparelho de ventilação artificial, que permitiu manter vivos pacientes sem consciência, e a hemodiálise, que, quando desenvolvida, em 1961, não podia atender a todos que dela necessitavam, ensejando uma situação sem precedentes na história da medicina: a necessidade de escolha de quem teria acesso à técnica e viveria e quem morreria sem tratamento.⁷⁶

O primeiro centro especializado em hemodiálise dos Estados Unidos não podia responder à demanda de 15.000 (quinze mil) pacientes que dependiam do tratamento para a sobrevivência. Foi, então, criado um comitê, formado por nove pessoas, das quais apenas duas eram médicos, incumbido dos procedimentos de seleção dos doentes a serem

⁷³ JAHN F. Bio-Ethic: eine umschau über die ethischen. Beziehungen des menschen zu tier und pflanze. *Kosmos*. Handweiser für Naturfreunde. v. 24, n. 1, p.2-4, 1927.

⁷⁴ GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). *Estudos de Direito da Bioética*. v. III. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 105.

⁷⁵ PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *Revista Bioética*, v. 21, n.1, p. 09-19, 2013, p. 11.

⁷⁶ JONSEN, 2012, p. 5.

beneficiados pelo tratamento. Os critérios sociais utilizados, como produtividade e bom comportamento, foram muito criticados posteriormente.⁷⁷

Na discussão pública, uma das principais teorias filosóficas éticas, o utilitarismo, foi trazido ao debate por aqueles para quem a seleção dos pacientes deveria se dar com base na utilidade social, isto é, no valor social dos indivíduos como participantes da sociedade. De maneira oposta, teólogos argumentaram sobre a dignidade inerente dos indivíduos e a necessidade de escolha aleatória dos pacientes beneficiados.⁷⁸

O procedimento de escolha dos pacientes chamou a atenção dos estudiosos da ética, culminando na publicação, na revista *Life*, do artigo intitulado *They decide who lives, who dies*, em 09 de novembro de 1962⁷⁹. No artigo, relatou-se a existência do comitê, cujo objetivo era selecionar pacientes para o programa de hemodiálise, em face da insuficiência dele para atender a todos os pacientes que necessitavam do procedimento.

O desenvolvimento, na Dinamarca, em 1952, de técnicas de reanimação por respiração artificial também motivou preocupações de natureza ética, eis que, algumas vezes, a utilização da técnica deixava o paciente em um estado permanente entre a vida e a morte, gerando dúvida quanto à possibilidade de desligamento ou não dos aparelhos que o mantinham vivo.⁸⁰

Um dos grandes marcos da reflexão bioética foi, no entanto, o processo de Nuremberg, que levou a público os relatos das experiências científicas realizadas durante a segunda grande guerra. O Tribunal de Nuremberg julgou vinte e três pessoas acusadas de realizar experimentos em seres humanos sem o consentimento desses durante a Segunda Guerra Mundial. Como consequência do julgamento, foi elaborado, em 1947, um documento que reunia princípios éticos aplicáveis à pesquisa com seres humanos, ao qual se conferiu o nome de Código de Nuremberg.⁸¹ A relevância do texto extrapola os limites da pesquisa, constituindo um impulso à postura crítica em face do desenvolvimento científico e da necessidade de pensá-lo eticamente.

⁷⁷ A situação repetiu-se com o sucesso obtido com os transplantes e o questionamento sobre quem deve viver e quem deve morrer tornou-se central na bioética, sobretudo no que concerne à tomada de decisões sobre a alocação de recursos. DURAND, 2007, p. 28.

⁷⁸ JONSEN, 2012, p. 5.

⁷⁹ ALEXANDER, Shana. They decide Who lives, Who dies. *Life*. Nov. 9, p. 102-124, 1962. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=qUoEAAAAMBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

⁸⁰ DURAND, op. cit., p. 30.

⁸¹ NUREMBERG CODE. Disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/archive/nurcode.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

Nos Estados Unidos, debates sobre a necessidade do consentimento livre e esclarecido para a pesquisa científica foram intensificados após a divulgação de testes do medicamento talidomida em pessoas que não sabiam estar participando de uma pesquisa, em 1962, conduta que resultou no nascimento de crianças com malformações congênitas.⁸² Em razão dos novos relatos de experimentação com seres humanos mesmo após a edição do Código de Nuremberg, a Associação Médica Mundial elaborou, na 18ª Assembléia Médica Mundial, em 1964, a Declaração de Helsinque, que contém princípios éticos a serem observados na pesquisa científica.

Em 1966, Henry Beecher publicou o artigo *Ethics and Clinical Research*, expondo abusos praticados nas pesquisas com seres humanos e criticando vários experimentos realizados em desconformidade com os ditames éticos, entre eles a injeção de células cancerosas em idosos senis e hospitalizados para estudar a resposta imunológica e a injeção do vírus da hepatite em centenas de crianças residentes em lares para portadores de deficiência mental.⁸³

No ano de 1967, a realização bem sucedida de um transplante de coração pelo cirurgião sul-africano Cristian Barnard⁸⁴ abalou, mais uma vez, as estruturas da ética médica clássica e levantou questões relativas à extração do órgão de outra pessoa. Também se tornou necessário repensar o conceito de morte, pois o transplante somente seria possível com o órgão ainda em funcionamento.⁸⁵

As questões apresentadas precedem a obra de Potter, considerado pai da bioética, mas já revelavam discussões sobre a ética tradicional e sobre o avanço do conhecimento científico. Contudo, a utilização do termo *bioética* e a reflexão que lhe é subjacente foram relevantes para alicerçar a nova área do conhecimento. O termo *bioethics*, como já mencionado, foi empregado por Van Rensselaer Potter, bioquímico e bioeticista da Universidade de Wisconsin, no artigo intitulado *Bioethics, science of survival*, publicado na revista *Perspectives in Biology and Medicine*⁸⁶, em 1970, e, no ano seguinte, na obra *Bioethics: bridge to the future*.⁸⁷

⁸² DURAND, 2007, p. 41.

⁸³ Loc. cit.

⁸⁴ BARNARD, Christiaan. The Operation. A human cardiac transplant: an interim report of a successful operation performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town. *S Afr Med J.* v. 41, n. 48, p. 1271-1274, 1967.

⁸⁵ JONSEN, 2012, p. 8.

⁸⁶ POTTER, Van Rensselaer. Bioethics, the Science of Survival. *Perspectives in Biology and Medicine*, v. 14, 1970, p. 127-135.

⁸⁷ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics, bridge to the future*. New Jersey: Englewood Cliffs, 1971.

A palavra foi utilizada por ele para denominar uma associação entre o conhecimento científico e a valoração moral da evolução dos seres humanos na natureza. O contexto no qual Potter se inseria, entre cientistas preocupados com a utilização das novas descobertas da energia atômica e do genoma humano, propiciou a criação da terminologia para designar a ciência emergente.⁸⁸

Para Potter, a sobrevivência da espécie humana em uma civilização sustentável depende da manutenção de um sistema ético.⁸⁹ A humanidade necessita de uma nova sabedoria que lhe proporcione o “conhecimento de como usar o conhecimento” para a sobrevivência do homem e para melhorar sua qualidade de vida. A noção de sabedoria como um guia para a ação foi chamada por ele de *Science of Survival*. Defende o autor que essa ciência deve ser construída sobre a base da biologia, mas ampliada, a fim de abranger elementos essenciais das ciências sociais e humanas. Sugere, assim, a terminologia *Bioethics*, para enfatizar os dois elementos que compõem o novo saber: o conhecimento biológico e os valores humanos.⁹⁰

O autor propõe que se combinem ciência biológica e os valores humanos para criar uma ciência da sobrevivência, que nos permita estabelecer um sistema de prioridades. Para ele, a bioética deve desenvolver uma compreensão realista do conhecimento biológico e de suas limitações, a fim de fazer recomendações no âmbito das políticas públicas.⁹¹ A característica principal da obra de Potter foi o diálogo entre a ciência e as humanidades, essencial para a preservação da vida no planeta.⁹²

Assim, a bioética foi proposta como uma ponte entre as ciências biológicas e a ética, centrada na sobrevivência da espécie humana.⁹³ A terminologia *bioética*, contudo, foi, em seguida, apropriada para designar uma visão mais restrita, centrada na análise ética do alcance de questões morais relacionadas à prática médica oriunda do avanço das ciências e tecnologias biomédicas.⁹⁴

Poucos meses após a publicação da obra por Potter, o médico holandês André Hellegers usa a expressão no nome de um novo centro de estudos: *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, conhecido hoje

⁸⁸ JONSEN, 2012, p. 3.

⁸⁹ PESSINI, 2013, p. 11.

⁹⁰ POTTER, 1971, p.1-2.

⁹¹ Ibidem, p. 5.

⁹² MOSER; SOARES, 2006, p.18.

⁹³ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 47.

⁹⁴ JONSEN, op. cit., p. 3.

como Instituto Kennedy de Bioética. Seu mérito deve-se à criação de um grupo de discussão de médicos e teólogos que refletiam criticamente sobre o progresso médico tecnológico e seus desafios éticos.⁹⁵

Esclarece Guy Durand que Potter pretendia a criação de uma ética global para a sobrevivência do ser humano e do planeta, a qual abrangeria o controle da população, a paz, a pobreza, a ecologia, a vida animal e o bem-estar da humanidade. Contudo, após a fundação do *Kennedy Institute of Ethics* por André Hellegers, o termo foi restringido para abranger apenas as questões atinentes ao desenvolvimento das ciências biológicas e à sua aplicação à medicina.⁹⁶

Os estudos no *Kennedy Institute of Ethics* eram focados nos problemas biomédicos da vida cotidiana, abrangendo a relação médico-paciente, a ética da pesquisa, o aborto, entre outros. Além disso, a instituição dispunha da estrutura da Universidade de Georgetown e de apoio econômico da Fundação Kennedy.⁹⁷

Embora tenha sido Van Rensselaer Potter quem cunhou o termo bioética, foi André Hellegers, da Universidade de Georgetown, quem o utilizou de modo institucional para designar a área de conhecimento da forma como é tratado hoje. Hellegers aplicou o termo à ética da medicina e das ciências biológicas e, assim, transformou a bioética em campo de estudo acadêmico.⁹⁸

A relevância de Hellegers para o aumento do interesse sobre a nova área do conhecimento não se restringiu à elaboração de trabalhos acadêmicos sobre o conceito e a disciplina, abrangendo também o incentivo ao diálogo entre ideias e reflexões de outros estudiosos da problemática. Ele acreditava na expansão da bioética como uma disciplina que confluísse ciência e ética.⁹⁹

A concepção de Hellegers foi corroborada pelo artigo *Bioethics as a Discipline*, escrito por Dan Callahan, em 1974, que sugere a transformação da nova área de conhecimento em uma única disciplina específica, que recorresse aos métodos tradicionais de análise filosófica, à sensibilidade e à emoção humanas e às influências sociais e políticas com as quais a medicina era praticada.¹⁰⁰

⁹⁵ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 46.

⁹⁶ DURAND, 2007, p. 20-21.

⁹⁷ FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.64.

⁹⁸ REICH, Warren T. How bioethics got its name. *The Hastings Center Report*, v. 23, n. 6, nov-dec. 1993.

⁹⁹ REICH, Warren T. The word "bioethics": its birth and the legacies of those who shaped it. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 4, p. 319-335, 1994, p. 324.

¹⁰⁰ JONSEN, 2012, p. 3.

O debate na seara da bioética foi fortalecido pelos acontecimentos que se seguiram na década de 1970, sobretudo pela divulgação, em 1972, de uma pesquisa, nos Estados Unidos, que consistia em deixar mais de quatrocentos negros acometidos pela sífilis sem tratamento, quando já havia medicação disponível, para observar a progressão da doença nesse grupo.¹⁰¹

Diante de todos os escândalos, em 1974, foi criada naquele país a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, cuja função era desenvolver princípios éticos para guiar a pesquisa científica e a elaboração de normas e procedimentos visando à proteção dos direitos e ao bem-estar dos seres humanos. A comissão desenvolveu não apenas regras específicas de condução da pesquisa, como também o Relatório Belmont, que propusera três princípios básicos a reger as pesquisas científicas: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça, que designavam, respectivamente, o consentimento informado, a ponderação entre o risco e os benefícios e a seleção equitativa dos seres humanos para a pesquisa.¹⁰²

O respeito pelas pessoas abrange tanto o dever de respeitar-lhes a autonomia, entendida como a qualidade do indivíduo de deliberar sobre seus objetivos e agir conforme essa deliberação, quanto o dever de proteger aquelas cuja autonomia está diminuída. A autonomia, no seio da bioética, está estritamente relacionada ao consentimento informado. O princípio da beneficência implica o dever de não causar dano e de maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos. Finalmente a justiça é entendida pela Comissão como a imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios. Trata-se de uma imposição de tratamento igual àqueles que se encontram na mesma situação.¹⁰³

Após o Relatório Belmont, Tom Beauchamp e James Childress publicaram a obra *The Principles of Biomedical Ethics*.¹⁰⁴ Na obra, os autores elencaram quatro princípios a serem observados pelos médicos na prática clínica: beneficência, não-maleficência, respeito à autonomia e justiça. Eles introduziram o que, posteriormente, foi denominado de bioética principialista.¹⁰⁵

¹⁰¹ DURAND, 2007, p. 41.

¹⁰² JONSEN, 2012, p. 7.

¹⁰³ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 78-79.

¹⁰⁴ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

¹⁰⁵ A bioética de Beauchamp e Childress foi posteriormente criticada por estudiosos do tema. Seja em razão da impossibilidade de aplicação estrita dos princípios a todas as realidades sociais, seja porque eles ignoram os diferentes contextos em que os problemas de bioética se manifestam, o fato é que, para muitos, os princípios cunhados eram insuficientes para resolver a demanda de conflitos que se apresentava.

No mesmo início da década de 1970, em que Potter propusera a instituição do novo saber, dois temas polêmicos ganharam espectro, inicialmente na França, o aborto – *interruption volontaire de la grossesse* – e as tecnologias de reprodução assistida. No final da década de 1970, o nascimento de Louise Joy Brown, primeiro bebê gerado em laboratório, por fertilização *in vitro*, atraiu a atenção para a possibilidade de manipulação da vida humana embrionária. A geração da vida *in vitro* suscitou questionamentos éticos de diversas ordens, sobretudo atinentes ao tratamento dado aos embriões.

Durante as décadas de 1970 e 1980, a bioética consagrou-se no ambiente acadêmico, mediante a criação de centros de pesquisa como o *Hasting Center*, em 1969, e o *Kennedy Institute at Georgetown University*, em 1971, bem como de disciplinas para ensinar a temática nas escolas de medicina. Afirma Jonsen que, até o final da década de 1980, o neologismo *bioética* designava um novo campo de estudo, com uma literatura distinta e a coleção de cursos e conferências que disciplinas acadêmicas engendram.¹⁰⁶ A criação de comissões e comitês especializados também contribuiu para elucidar questões bioéticas, orientando sua análise.

A bioética teve, em sua origem, uma essência principialista, baseada em princípios a serem observados em toda a atuação médico-científica. Diante da dificuldade de criar uma teoria bioética, sobretudo no contexto pluralista da sociedade liberal americana, para evitar o debate sobre questões fundamentais que não encontrariam consenso, cunharam-se princípios tomados como enunciados a serem observados na prática.¹⁰⁷ A base desse pensamento é a obra de Beauchamp e Childress. No entanto, essa bioética principialista revelou-se insuficiente para lidar com a complexidade da sociedade pluralista, dando azo à formação de outros paradigmas bioéticos, em cujo estudo não se aprofundará.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Loc. cit.

¹⁰⁷ DURAND, 2007, p. 51.

¹⁰⁸ Pessini e Barchifontaine fazem uma síntese dos principais modelos de bioética propostos, além do modelo principialista, arrolando os seguintes: 1) O modelo libertário, fundado na obra de Tristram Engelhardt “Os fundamentos da bioética”; 2) O modelo das virtudes, preconizado por Edmund Pellegrino e David Thomasma e buscando na tradição aristotélica da ética das virtudes o embasamento para defender a conduta virtuosa do médico; 3) O modelo casuístico, cujos principais defensores, Albert Jonsen e Stephen Toulmin, em “The abuse of casuistry”, defendem que incumbe ao eticista identificar os casos difíceis e utilizá-los como norte na solução dos conflitos e ambiguidades que despertam a perplexidade moral; 4) O modelo fenomenológico e hermenêutico, para o qual toda experiência está sujeita a interpretação, salientando a insuficiência da imposição de regras e princípios abstratos à experiência humana; 5) O modelo narrativo, que entende que a situação encontrada pelo eticista tem uma dimensão narrativa e que a riqueza da história e do seu sentido tornam esse modelo um complemento para o abstracionismo dos princípios; 6) O modelo do cuidado, que contrapõe o valor do cuidado ao da justiça e propõe-no como noção fundamental para o desenvolvimento moral; 7) O modelo do direito natural, defendido por John Finnis em “Natural law and

Durante as décadas de 1980 e 1990, o debate bioético centrou-se na discussão entre principialismo e casuística como fornecedores de ferramentas para a análise dos dilemas éticos. Também focou-se na diversidade cultural e na reflexão sobre a ética tradicional e o relativismo dos valores éticos. No século XXI, o debate está direcionado ao papel político da bioética. Parte, assim, da ideia de que as questões da bioética assumem os reflexos do liberalismo e do conservadorismo inspiradas no debate político.¹⁰⁹

O nascimento da bioética foi, portanto, o resultado do contexto histórico do início da segunda metade do século XX. O desenvolvimento tecnológico, a emergência dos direitos individuais, a modificação da relação médico-paciente, o pluralismo social são os quatro fatores externos apontados por Durand como presentes na origem da bioética. Para o autor, trazida pela corrente de mundialização que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, a bioética pretendeu ser uma ética comum e universal, objetivo que parece ter alcançado durante três décadas, com a aceitação e repetição dos princípios citados. Contudo, a tendência de regionalização, evidente nas leis e na afirmação das diversas culturas e o multiculturalismo afasta essa universalidade.¹¹⁰

Em que pesem as variadas interpretações, a bioética apresenta-se como uma ciência relevante em face do progresso científico e das biotecnologias¹¹¹, pois busca, de forma racional, resolver os problemas biomédicos que confrontam diferentes opiniões morais.¹¹² Lembra Drumond que a abordagem multidisciplinar da bioética ultrapassa as fronteiras da ciência e da profissão médica, tratando-se de uma ética laica, prospectiva, global e sistemática.¹¹³ É relevante citar o conceito de Gilbert Hottois:

natural rights”, que fixa bens fundamentais em si mesmos, como o conhecimento, a vida, a vida estética e a lúdica, a racionalidade prática, a religiosidade, a amizade, os quais são fins em si mesmos e não meios; 8) O modelo contratualista, de Robert Veatch, que defende o contato entre o médico, o paciente e a sociedade; 9) O modelo antropológico personalista, que advém de uma antropologia filosófica e de uma filosofia humanista preocupada em compreender o homem em todas as suas dimensões, buscando desenvolver um raciocínio deontológico, de fundamentação teológica, que considera o homem em sua dignidade universal. PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 63-66.

¹⁰⁹ JONSEN, 2012, p.12.

¹¹⁰ DURAND, 2007, p. 62.

¹¹¹ As chamadas biotecnologias foram definidas na Convenção sobre Diversidade Biológica como qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica. A Convenção sobre Diversidade Biológica, elaborada pela Organização das Nações Unidas, foi subscrita pelo Brasil e por outros países durante a ECO-92 – a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, e visa, sobretudo, à conservação da diversidade biológica e genética. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Diversidade Biológica. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, junho 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

¹¹² CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? *Revista Bioética*, Brasília, v.1, n.1, nov. 2009.

¹¹³ DRUMOND, 2005, p. 117.

A palavra “bioética” designa um conjunto de investigações, de discursos e práticas, geralmente pluridisciplinares, tendo como objecto clarificar ou resolver questões de alcance ético suscitadas pelo avanço e a aplicação das biotecnologias.¹¹⁴

Embora seja inerente à sociedade pluralista contemporânea a dificuldade de consenso quanto a muitas controvérsias existentes nas questões sobre as quais reflete a bioética, as discussões desenvolvidas culminaram no reconhecimento internacional de uma base comum, centrada em princípios que devem orientar a pesquisa científica e o uso do conhecimento tecnológico sobre a vida. Essa base comum foi estabelecida na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, adotadas em Conferências Gerais da Unesco, respectivamente, em 11 de Novembro de 1997 e em 16 de Outubro de 2003.

Em 2005, na Conferência Geral da Unesco, houve o reconhecimento internacional de normas éticas a regerem o desenvolvimento científico por meio da adoção da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Na ocasião, os Estados-membros comprometeram-se a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados naquele texto. Entre os objetivos expressos da declaração, consta o de proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação da sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética.

No texto do documento, são consagrados como princípios, entre outros, o respeito à dignidade da pessoa humana, à vida privada, aos direitos humanos, à autonomia do indivíduo, à igualdade, à diversidade cultural e ao pluralismo, além da vedação à discriminação, da responsabilidade social, da partilha dos benefícios, da proteção às gerações futuras e ao meio-ambiente equilibrado.¹¹⁵

Assim, a bioética, oriunda da perturbação ética gerada pelo rápido desenvolvimento tecnológico, é um saber ainda em construção, cuja relevância, como forma de pensar criticamente o poder gerado pela ciência, será abordada no próximo tópico.

¹¹⁴ HOTTOIS, Gilbert. Bioética. In: HOTTOIS, Gilbert, PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Tradução Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 58.

¹¹⁵ UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

2.3 A bioética e a necessidade de pensar a produção e aplicação do conhecimento científico

Inicialmente, o homem exerceu o papel de observador e admirador da natureza. Até a Revolução Industrial, as maiores contribuições do que se poderia chamar de ciência restringiam-se à descoberta de leis da natureza e do cosmos. As intervenções do homem sobre o mundo eram limitadas à formação das cidades e à prática da agricultura. Embora o uso de organismos vivos para atender às necessidades humanas seja muito antigo¹¹⁶, o primeiro grande marco para o desenvolvimento das tecnologias aplicadas à vida deu-se no contexto da Revolução Industrial.¹¹⁷

O crescimento da população e a urbanização introduziram novas demandas e, em resposta, o desenvolvimento científico e industrial foi fomentado. Máquinas e produtos químicos tornaram-se comuns no cotidiano. Os estudos nas esferas da virologia e das doenças infecto-contagiosas possibilitaram a criação de vacinas e medicamentos. A biologia celular permitiu o conhecimento dos organismos vivos, primeiro passo em direção ao atual interesse de sua modificação.¹¹⁸

Ensina Aurélio Peccei que as revoluções americana e francesa ativaram a sociedade e favoreceram inovações ousadas. A liberação da ciência dos dogmas, o nascimento do capitalismo manufatureiro e do emprego de máquinas produtivas mais potentes e eficazes proporcionaram o nascimento de uma era industrial e científica. Quando o homem começa a aplicar, de maneira metódica, em escala industrial, os conhecimentos advindos dos progressos científicos, exsurge uma nova fase – a da revolução tecnológica. Há, aí, de acordo com o autor, a maior guinada da história, em que o homem adquire um poder que ultrapassa seu saber, sua capacidade de controlá-lo e de controlar a si mesmo.¹¹⁹

A partir desse momento histórico, as interferências danosas ao meio ambiente acirraram-se e, mais do que isso, houve uma mudança de mentalidade: o homem, antes observador, assume o poder sobre a natureza, que existe para satisfazer suas necessidades. Nas palavras de Peccei:

¹¹⁶ São exemplos desse uso a fermentação do pão e da uva, além do uso de animais no transporte.

¹¹⁷ MOSER; SOARES, 2006, p.54-55.

¹¹⁸ Ibidem, p.55-56.

¹¹⁹ PECCEI, Aurélio. *Cem páginas para o futuro*. Tradução de Ana Maria Batisti e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 23-24.

Nas asas das revoluções materiais, o homem conhece uma ascensão meteórica e coroa-se senhor absoluto da Terra. Mas sua organização social e política não teve uma evolução equivalente. A sociedade humana ficou fracionada em unidades separadas, introvertidas. Cada uma delas tenta seguir pelo seu caminho e afirmar sua independência e sua superioridade, e até mesmo sua supremacia, às custas das outras. Se existe um metassistema global, não existe uma comunidade mundial orgânica que encontra sua força, como achou sua própria natureza, no equilíbrio dinâmico entre seus componentes diversificados. Essa dicotomia entre desenvolvimento sócio-político e progresso tecno-estrutural é um dos principais fatores desestabilizadores da humanidade, atualmente.¹²⁰

Esse foi apenas o começo do paradoxo do desenvolvimento tecnológico que hoje encontra espaço em discussões acadêmicas, políticas e sociais em todo o planeta. O desenvolvimento científico propiciou inúmeras contribuições valiosas à sociedade. O acesso a tratamentos médicos, o desenvolvimento dos meios de transporte rápidos e eficazes e a conexão mundial pela internet são apenas alguns dos grandes benefícios da atividade científica. Inúmeras são, também, as promessas futuras que seduzem cientistas e leigos, na crença de que a pesquisa científica, hoje, é solução para todos os males.

No entanto, se a atividade científica propiciou maior conforto, é certo, também, que o conhecimento e o poder por ela gerados não tardaram a revelar seus efeitos nocivos. A construção de armas nucleares de destruição em massa, os graves danos ao meio ambiente e, mais recentemente, a possibilidade de modificação do genoma de seres vivos surgem como efeitos potencialmente negativos do desenvolvimento científico.

Confrontam-se, pois, os benefícios e os riscos do conhecimento científico. De um lado, a necessidade da evolução e as vantagens proporcionadas pela biotecnociência¹²¹; de outro o risco do mau uso das descobertas, com danos possivelmente irreparáveis.

Para Michel Henry, em meio ao colapso das crenças e dos valores, na pós-modernidade, uma crença restou: a de que o conhecimento científico é a única forma de conhecimento verdadeira e nele, por consequência, a ação humana deve fundar-se. O

¹²⁰ Ibidem, p. 24.

¹²¹ Neologismo utilizado por Schram para definir “o conjunto interdisciplinar e integrado de saberes teóricos, habilidades tecnocientíficas e aplicações industriais referentes a sistemas e processos vivos chamados biotecnologias”. SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (org.). *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ / Editora da Fiocruz, 2005, p. 16.

avanço da técnica, que se apoia sobre o desenvolvimento científico, pretende confiar o destino do homem ao conhecimento objetivo da natureza material.¹²²

Contudo, nesse afã de produção científica e tecnológica, bioeticistas intervêm para demonstrar que a ciência não é necessariamente um bem e que a reflexão sobre a produção e a aplicação desse conhecimento não pode ocorrer à revelia da ética e das demais ciências humanas.

Francesco Bellino chama a atenção para o fato de que a possibilidade e o poder não podem tornar-se critério da ação humana, sob pena de se vincular os limites do poder àqueles oriundos da capacidade técnica, isto é, tudo o que é possível é permitido. Salienta, ainda, o breve passo existente entre o “tudo é permitido ao homem” ao “tudo é permitido sobre o homem”¹²³. Assim, alude a Descartes, explicitando que o projeto da ciência moderna de tornar os homens “*maîtres et possesseurs de la nature*” pode realizar-se concretamente apenas no contexto teórico e histórico no qual o poder não se torne a única *ratio* da investigação e da ação humana. Nas palavras do autor:

Na medida em que o homem não só descobre o possível e persegue o poder em todas as suas atividades (tudo é poder), como tende a colocar *a priori* o poder como supremo valor e norma de ação (o poder é tudo), não é mais o deve-ser que regula o poder-ser, mas acontece o contrário: tudo o que é possível torna-se também moralmente auspicável.¹²⁴

Ressalta o autor italiano ser injustificada a convicção de que o conhecimento científico pode responder a todos os problemas e exigências do homem. O conhecimento científico não é absoluto, de modo que a ciência não conhece todos os fatos e nem mesmo tudo de um fato particular. Além disso, a ciência moderna, nascida com a ideia cartesiana de tornar o homem senhor e possuidor da natureza, excluiu a pergunta sobre a origem e o significado total do ser e sobre o sentido da existência humana.¹²⁵

A separação do “ser” do “dever-ser”, da ciência da ética, dos fatos dos valores, para ele, não pode sustentar-se na era de uma tecnociência que não é mais apenas reprodutora e reparadora da natureza e do homem, mas que se torna prenunciadora e programadora dessa mesma natureza. A tese restricionista, que sustenta a neutralidade da ciência, a quem incumbiria estabelecer apenas o que “é” e não o que “deve ser”,

¹²² HENRY, Michel. Ce que la science ne sait pas. *La Recherche*, n° 208, mars, 1989.

¹²³ BELLINO, FRANCESCO. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997, p. 78.

¹²⁴ Ibidem, p. 77-78.

¹²⁵ BELLINO, op. cit., p. 83.

desconsidera a historicidade da atividade científica, bem como os fatores sociais que a constituem e condicionam. Desconsidera, também, que o progresso da humanidade não é devido apenas ao aumento da liberdade de ação, mas, igualmente, à criação de normas regulamentadoras que, ancoradas em princípios e valores compartilhados, coíbam abusos, danos e injustiças à coletividade e aos indivíduos.¹²⁶

Lucien Sève também compartilha dessa posição, esclarecendo que a convicção de que tudo o que é cientificamente possível é humanamente desejável é agressivamente “inética”, mas, apesar disso, tornou-se, em determinados meios médicos, um fenômeno de massa. Cita uma pesquisa realizada em 1990 pelo Grupo de Estudo da Fecundação *in vitro*, na França, por meio da qual 95% dos profissionais franceses que trabalham com fertilização *in vitro* declararam-se favoráveis à triagem genética dos embriões, mesmo na ausência de qualquer risco genético conhecido.¹²⁷ A opinião dos profissionais baseia-se na possibilidade da realização da triagem, a qual, se possível, não deveria ser excluída.

O progresso paralelo dos efeitos benéficos do conhecimento científico e dos seus efeitos nocivos e destrutivos, além do aumento do poder da ciência simultâneo ao aumento da impotência dos cientistas na sociedade, demandaram uma reflexão sobre a responsabilidade na produção e no uso desse conhecimento.¹²⁸

Fez-se necessária, portanto, uma reconciliação entre ciência e ética, entre o saber tecnocientífico e o saber simbólico da filosofia e da ética, a fim de que fossem superadas as mútuas desconfianças e rejeições, pois nenhum dos dois é capaz de definir, sozinho, todo o horizonte do saber.¹²⁹ Entretanto, pensar a ciência e a aplicação do conhecimento científico não é tarefa fácil.

Uma primeira dificuldade dessa reflexão é apontada por Edgar Morin como sendo a impotência dos cientistas para controlar o poder oriundo da pesquisa científica. No processo atual da ciência, há uma tendência de fragmentação e disjunção do saber que, deixando de ser pensado, meditado, refletido e discutido, destina-se, cada vez mais, a ser acumulado em bancos de dados, para, depois, ser utilizado por instâncias manipuladoras. Assim, à medida que se verifica o progresso dos poderes da ciência, cresce, paralelamente, a impotência dos cientistas sobre esses mesmos poderes, que lhes escapam, alcançando as

¹²⁶ BELLINO, 1997, p. 91-98.

¹²⁷ SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 239.

¹²⁸ BELLINO, op. cit., p. 77.

¹²⁹ PEGORARO, Olinto. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p.14.

esferas econômica e política. Os cientistas produzem, pois, um poder sobre o qual não têm poder.¹³⁰

Continua Morin, apontando uma segunda dificuldade. Para o autor, a ciência natural não tem meios para conceber-se como uma realidade social e a ciência antropológica não os tem para conceber-se no seu enraizamento biofísico. Observa-se um desligamento das ciências da natureza em relação às ciências do homem, de modo que aquelas excluem o espírito e a cultura que as produzem e deixam, assim, de pensar seu estatuto social e histórico. Do ponto de vista das ciências do homem, há a incapacidade de pensar o ser humano como um ser vivo biologicamente constituído. Desse modo, a ciência não controla sua própria estrutura de pensamento e não dispõe de nenhum método para se pensar, redundando em um conhecimento científico que não se conhece.¹³¹

Há, ainda, uma terceira dificuldade, centrada na impossibilidade de reflexão do sujeito científico sobre si mesmo. O sujeito científico não consegue pensar sobre si, porque o método científico baseou-se na disjunção do sujeito e do objeto, tendo sido o primeiro remetido à filosofia e à moral. Por isso, conclui afirmando que ninguém está mais desarmado do que o cientista para pensar sua ciência.¹³²

A realidade que se apresenta, pois, é a de uma *ciência sem consciência*¹³³, incapaz de refletir sobre os fins de sua atuação e sobre os limites éticos à sua conduta. Especialmente nas áreas da saúde e técnicas, prega-se a liberdade sem limites em nome de uma necessária busca por conhecimento, cujo fundamento é essa própria busca por conhecimento. Mais do que isso, o ímpeto de transformar a natureza das coisas, de aumentar os bens e interesses de consumo e de vencer tradicionais limitações humanas justifica todas as ações científicas, tornando a ciência um fim em si mesma.

Embora toda ciência seja constituída por uma redução, a ciência como entendida hoje é constituída por uma redução excessiva que afasta a natureza sensível do mundo, natureza essa que faz dele um mundo humano.¹³⁴

Nesse caminhar por estradas escuras, os cientistas parecem perdidos no que concerne à principal finalidade da pesquisa científica: o bem-estar do ser humano. Em

¹³⁰ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 17-18.

¹³¹ Ibidem, p. 16-20.

¹³² Ibidem, p. 21.

¹³³ A origem da expressão ciência sem consciência é atribuída a François Rabelais, humanista francês do século XVI que, na obra *Gargantua e Pantagruel*, escreveu “*Science sans conscience n’est que ruine de l’âme*” - ciência sem consciência é apenas a ruína da alma.

¹³⁴ HENRY, 1989.

segundo plano, o interesse do homem cede lugar à ambição, seja acadêmica, seja econômica, que encontra respaldo, com frequência, na sociedade, ávida pelas promessas inalcançáveis de cura para todos os males e de prolongamento da juventude.

Os saberes técnico e da saúde, em especial, apesar de incapazes de pensar a si próprios e de refletirem sobre os fins de sua atuação, como demonstrado, rejeitam a intervenção da ética, por considerarem-na um obstáculo ao desenvolvimento científico. Pegoraro atribui a mútua desconfiança entre ética e tecnociência ao fato de que, de Aristóteles até meados do século XX, na filosofia grega, na teologia medieval e na Idade Moderna, as teorias éticas caracterizavam-se por fundamentos abstratos, metafísicos, independentes da vida cotidiana e distantes da realidade do mundo¹³⁵. Além disso, muitas vezes, a intervenção na ciência tinha a finalidade de impedir a divulgação das descobertas, obstaculizando seu progresso.

Os cientistas temem que o “dogmatismo” dos filósofos interfira nas pesquisas e rotulam os princípios éticos de atemporais e imutáveis, destinados a se impor à ciência, reduzindo-a à posição de obediência. A seu turno, a ética também trata a ciência com restrições, vendo-a como um sistema fechado, cuja finalidade é produzir bens e provocar o consumo sem limites.¹³⁶

Lembram Pessini e Barchifontaine que, na segunda metade do século XX, ainda havia suspeita sobre os discursos públicos a respeito da ética, que conotava, para muitos, concepções religiosas, as quais tinham sido deixadas de lado pela ciência, sobretudo nas universidades. A ética, nessa perspectiva, trazia concepções subjetivas que se contrapunham à verdade descoberta pela ciência¹³⁷.

Contudo, as transformações tecnológicas vivenciadas na segunda metade do século XX alteraram a vida cotidiana e suscitaram questões novas sobre a estrutura radical e comportamental do ser humano, as quais a tecnociência não é capaz de responder, por se tratar de questões éticas e não técnicas.¹³⁸

A despeito da resistência dos pesquisadores, tornou-se necessária, diante das novas tecnologias, a construção de um diálogo entre ciência e ética, sem sacrifício dos postulados básicos de cada uma, de modo que a ética seja enriquecida pela ciência e esta seja humanizada por aquela. Enquanto a ciência permite ao homem oportunidades outrora

¹³⁵ PEGORARO, 2010, p.21-23

¹³⁶ Loc. cit.

¹³⁷ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 67-68.

¹³⁸ PEGORARO, op. cit., p.22.

impossíveis, a ética o ensina o caminho do viver bem.¹³⁹ Nas palavras de Francesco Bellino:

As conquistas atuais da investigação científica e biomédica abriram ao homem novas possibilidades de intervenção inclusive na vida do homem, que podem se traduzir seja na manipulação do próprio ser humano, seja no aumento da iniciativa e da responsabilidade de uma pessoa. Daqui emerge a exigência de avaliação ética de tais intervenções a fim de que o homem seja sempre respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio.¹⁴⁰

No plano individual, a ética possibilita um núcleo de certeza que permite a cada um conduzir sua vida; no plano coletivo, uma unidade que ofereça à humanidade e a cada grupo social, de cada nação, a possibilidade de formar uma comunidade de comportamentos, um *ethos*, que se eleva sobre as crenças e os pensamentos comuns.¹⁴¹

Essa aliança entre as ciências naturais e as ciências humanas pretende vincular os fatos tecnocientíficos aos valores humanos para que haja uma forma de controle prático sobre os novos poderes da tecnociências e da biotecnociência. O vínculo pretende, assim, responder aos anseios relacionados aos possíveis abusos contra a dignidade humana e os direitos fundamentais.¹⁴²

Para Michel Henry, se a humanidade não possuísse um saber outro além da ciência, ela se encontraria em uma desordem completa, desconhecendo o que deveria fazer. Essa desordem é justamente a vivida em nosso tempo e corresponde a uma situação paradoxal: apesar do conhecimento considerável e crescente, vive-se uma completa ignorância quanto à finalidade de nossa ação e aos valores que devem defini-la.¹⁴³

No entanto, a despeito de reconhecer a necessidade de uma reflexão ética da ciência, Lucien Sève entende não ser possível falar em uma ética da ciência, em face da impossibilidade de que ela extraia dos seus próprios fundamentos as justificações de uma moral. De acordo com o autor, não há meio legítimo para deduzir “o que deve ser” e “o que se deve fazer para alcançar o bem” a partir do conhecimento “do que é” e “do que se

¹³⁹ PEGORARO, 2010, p.24.

¹⁴⁰ BELLINO, 1997, p. 21.

¹⁴¹ HENRY, 1989.

¹⁴² SCHRAMM, Fermin Roland. Nihilismo tecnocientífico, holismo moral e a bioética global de V. R. Potter. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. IV, n. 1, p. 95-115, mar.-jun. 1997, p.96.

¹⁴³ HENRY, op. cit.

pode fazer”, pois o “é necessário” prático do procedimento científico nada tem em comum com o “é necessário” moral.¹⁴⁴

Valendo-se de conceitos de Max Weber, Sève salienta que a ciência difere-se da ética por ser racional segundo as finalidades a que se propõe, ao passo que a ética o é segundo os valores que escolhe respeitar. Por isso, a ideia de uma ética da ciência é, no entendimento do autor, uma aberração filosófica. Questiona, ainda, de que modo um saber que se preocupa em dissolver o sujeito humano poderia ter, ao mesmo tempo, alguma coisa a dizer à pessoa moral.¹⁴⁵ Ensina o autor:

Este angustiante paradoxo do conhecimento mortífero do ser vivo estende-se a todas as dimensões do ser humanamente homem: este é um indivisível, aquele é reducionista; o primeiro pretende ser livre, o segundo determina-o; o homem recorre aos valores, o conhecimento apenas conhece factos; um é sujeito, o outro objectiva-o.¹⁴⁶

A bioética encontra suas raízes nessa dicotomia: a necessidade de intervenção da ética na tecnociência e a impossibilidade de se pensar uma ética da ciência.

A ética tradicional partia de três pressupostos que se comunicavam: a noção de condição humana determinada pela natureza do homem e das coisas; a ideia, com base nessa noção dada, da possibilidade de estabelecer o que é o bem para o homem e o alcance da ação humana e da responsabilidade do homem por seus atos.¹⁴⁷

Assim, para a ética tradicional, a ação sobre o mundo não humano não representava uma esfera significativa da ética e a moralidade tinha um campo de ação imediato, abrangendo apenas o aqui e o agora. Ela não tratava do problema do futuro das próximas gerações. Além disso, a ética tradicional se limitava à relação direta entre os homens e do homem consigo mesmo e o homem era considerado em sua essência, isto é, não era objeto da técnica.¹⁴⁸

No entanto, o desenvolvimento científico e tecnológico vivenciado no século XX tornou a ética tradicional insuficiente para abarcar a complexidade dos problemas morais surgidos. O poder do homem passa a se insurgir contra toda a natureza, contra as futuras gerações e até mesmo contra a continuidade da espécie. A extensão do poder do homem de

¹⁴⁴ SÈVE, 1994, p. 237.

¹⁴⁵ Loc. cit.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 232-233.

¹⁴⁷ BELLINO, 1997, p. 60.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 60.

interferir na sua própria natureza exigiu a construção de uma nova teoria ética. Para lidar com esse novo contexto, foi proposta a criação de um saber interdisciplinar que congregasse ciências biológicas e humanas na busca por parâmetros éticos à produção e aplicação do conhecimento científico.

A bioética não é, pois, uma “ética aplicada” a um campo do saber científico, mas sim uma ética filosófica que se especializou no progresso e nos problemas éticos da genética, da biomedicina, da biosfera e dos ecossistemas¹⁴⁹. A bioética convoca a pensar a tradição ética de um novo lugar hermenêutico, introduzindo o pensamento ético-filosófico no debate aberto com a tecnociência.¹⁵⁰

A bioética surge, portanto, como uma proposta de reflexão que transcende a ética médica clássica e avança sobre a pesquisa científica, a aplicação do conhecimento tecnológico e os enfrentamentos surgidos entre os direitos individuais e as possibilidades médicas. Trata dos problemas éticos da medicina biotecnológica, associando conhecimento técnico-científico às ciências humanas e pretendendo, com isso, encontrar respostas às questões que se apresentam nessa seara.

Mais que uma disciplina, para Bellino, a bioética apresenta-se como um território, um terreno de confronto de saberes sobre problemas surgidos do progresso das ciências biomédicas, das ciências da vida e das ciências humanas. Essa complexidade cultural e científica confere-lhe uma conotação multidisciplinar, abrangendo problemas filosóficos, biológicos, médicos, jurídicos, sociológicos, entre outros.¹⁵¹

Portanto, a bioética não se confunde com a deontologia médica, pois, embora também perpassasse os deveres dos médicos, é um saber interdisciplinar, centrado nas demandas surgidas a partir da evolução da ciência e da tecnologia, que tem como objeto material a vida, estudada sob o ponto de vista ético.¹⁵²

Também não se confunde com uma ética da ciência. A esta última caberia a função de prescrever as normas e os valores constitutivos da atividade técnico-científica, sendo equidistante das posições que pretendem moralizá-la, identificando-a com a ética, ou

¹⁴⁹ Embora a bioética tenha direcionado seus estudos, por muitos anos, às consequências do desenvolvimento tecnológico em relação à medicina e a sua intervenção sobre o homem, observa-se um retorno do novo saber ao estudo dos efeitos do progresso científico sobre toda a biosfera. A preocupação com o meio-ambiente é aventada com frequência cada vez maior entre os estudiosos do tema, como parte de uma reflexão centrada na sobrevivência da espécie humana. Tal preocupação, comum entre os organismos interacionais, foi manifestada, em 2015, pela Igreja Católica na encíclica *Laudato Si*, que chama a atenção para a necessidade do desenvolvimento sustentável e para a importância do meio-ambiente às atuais e futuras gerações.

¹⁵⁰ PEGORARO, 2010, p.15-16.

¹⁵¹ BELLINO, 1997, p. 34.

¹⁵² *Ibidem*, p. 35.

daquelas que pretendem transformar o saber científico em critério normativo da humanidade. Uma ética da ciência, portanto, exprimiria o código moral da pesquisa científica, isto é, as normas que devem ser respeitadas quando da elaboração de um trabalho científico, em especial, a objetividade, a honestidade intelectual, a discussão racional, o desprezo pela falsidade e o auto-engano.¹⁵³

A ética científica, como um sistema de normas que regulam, em abstrato, todas as situações problemáticas, ao pretender restringir a complexidade e a multiplicidade das situações humanas sob alguns princípios morais abstratos, nega a liberdade e a responsabilidade do homem e ignora sua condição histórica. A bioética, diferentemente, fundada na racionalidade prática, é aberta, de modo a que os comportamentos e as decisões não sejam deduzidas das normas gerais, apenas se inspirando nelas e nos valores fundamentais.¹⁵⁴

Para Bellino, a bioética não é uma nova ética porque desnecessários novos princípios éticos básicos, mas somente uma nova aplicação desses princípios. A bioética, entendida como ética aplicada, pode apor as normas morais fundamentais¹⁵⁵ aos vários contextos situacionais e aos novos conhecimentos científicos a fim de traduzir a moral geral para o bio-reino, por meio do esclarecimento racional das questões práticas e de formulações de normas morais derivadas.

Para ele, o verdadeiro problema não está centrado na busca por novos princípios gerais de ética, mas na explicitação das potencialidades e implicações de tais princípios fundamentais e na construção de novas normas derivadas para as situações que se apresentam.¹⁵⁶

A bioética tem o relevante papel de lembrar à biomedicina a existência de princípios, além dos imperativos científicos, que não podem ser sacrificados. A evolução da profissão médica da arte de curar¹⁵⁷ para um exercício tecnocientífico acarretou a

¹⁵³ BELLINO, 1997, p. 38-39.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 50.

¹⁵⁵ O autor utiliza a distinção feita por Gert entre regras morais de base ou fundamentais, que não são culturalmente relativas e são aplicáveis a todas as pessoas em qualquer época e lugar, das regras morais derivadas que se originam das primeiras. Esclarece, assim, que “não matar” é uma norma moral fundamental porque é independente de uma cultura ou de um tempo. Assim, quais ações violam essa norma depende do contexto histórico-geográfico ou das tradições culturais, porém o princípio moral permanece universal. BELLINO, FRANCESCO. Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997, p. 68, apud GERT. The moral rules: a new rational foundations for morality. New York, 1970, p.67.

¹⁵⁶ BELLINO, op. cit., p. 70.

¹⁵⁷ A profissão médica é tratada como arte de curar – *art médical* e *art de guérir* – pelo *Code de la Santé Publique*, na França, e pelo *Arrêté Royal* nº 78, de 10 de novembro de 1967, na Bélgica.

redução do homem à mera dimensão biológica, com desprezo de suas outras facetas. Coube à bioética, assim, enfatizar a visão filosófica da composição biológica e genética do homem¹⁵⁸, conforme assevera Pegoraro:

Em outras palavras, o *homo faber* não pode prevalecer sobre o *homo symbolicus*. A questão do sentido ético da vida, da história e da ciência está subjacente ao mundo, definitivamente marcado pela tecnociência. Cabe à filosofia, à ética e à bioética criar uma hermenêutica para explicitar o sentido maior, embutido na biotecnologia e na pluralidade das éticas particulares. Nosso desafio está em traduzir este sentido ético maior em diálogo elevado e respeitoso com a técnica e a biogenética que também estão em busca de melhores referências. A ética não pode vir depois para julgar os fatos, mas deve acontecer junto, contemporaneamente, com o acontecer tecnocientífico.¹⁵⁹

A bioética propõe-se, assim, a ser uma nova abordagem da ética médica tradicional, porém, mais abrangente e transdisciplinar. Como ciência, ela enfrenta três esferas de problemas que não podem ser tratados de forma uníssona: problemas metafísicos relacionados às questões últimas como a imortalidade da alma, a noção de pessoa, de eu, a morte, o tempo, problemas empíricos ou científicos e problemas valorativos ou éticos. A tripartição não pode ser afastada, sob pena de se reduzirem todos os problemas a uma constatação empírica e técnica. Ademais, a consciência dessa distinção, de acordo com Bellino, impede a falácia do “imperativo tecnológico”, segundo o qual se uma coisa é possível, então é boa.¹⁶⁰

Assim, a bioética extrapola a responsabilidade dos médicos e dos cientistas, indo além da deontologia profissional, da ética médica e da ética da ciência, abrangendo, também, responsabilidades políticas e culturais da coletividade. É, nas palavras de Bellino, “ética aplicada ao bio-reino”.¹⁶¹

Trata-se de um novo saber que, preocupado com o desenvolvimento tecnológico e sua intervenção sobre o ser humano, busca refletir sobre a aplicação desse conhecimento nas diversas searas, inclusive na reprodução assistida, sob a perspectiva dos valores humanos.

¹⁵⁸ PEGORARO, 2010, p.17-18.

¹⁵⁹ Ibidem, p.19.

¹⁶⁰ BELLINO, 1997, p. 35/36.

¹⁶¹ Ibidem, p. 48.

2.4 Reflexões éticas sobre a reprodução assistida

A reprodução medicamente assistida designa o ato de gerar um novo ser com o auxílio de uma técnica médica. Nela, a relação sexual é substituída por um conjunto de procedimentos que unem, artificialmente, o óvulo e o espermatozóide em ambiente laboratorial. Seja por desvincular a fecundação do ato sexual, seja por todas as implicações sobre a vida humana embrionária, a reprodução assistida é foco de muitas controvérsias éticas. Neste capítulo, pretende-se tão somente apresentar as principais questões éticas levantadas pelo emprego da reprodução assistida. O aprofundamento sobre algumas questões será reservado à última parte do trabalho, destinado à proposta de regulação jurídica.

Talvez a primeira instigação do imaginário popular em relação à possibilidade de reprodução humana independente da relação sexual deu-se com a obra “Admirável mundo novo”, publicada por Aldous Huxley em 1932. Na obra, os seres humanos eram gerados por fertilização *in vitro* e eram gestados em úteros artificiais, por meio de um sistema que traduzia a reprodução em instrumento de poder de um Estado ditatorial. Embriões e fetos são concebidos e gestados para se adequarem às classes sociais aos quais pertencerão.¹⁶²

A reprodução humana independente da relação sexual tornou-se possível, tal como pensada por Aldous Huxley. A geração da vida em laboratório é real e, desde o nascimento de Louise Joy Brown, fascina a sociedade. Lembra Testart que o nascimento do primeiro bebê de proveta na França, Amandine, foi, talvez, a maior notoriedade pública já vista de uma pesquisa científica, tratando-se de um acontecimento social, mais do que um acontecimento científico.¹⁶³

A reprodução assistida chegou a êxito, paradoxalmente, no momento em que a contracepção revolucionava a sexualidade feminina, as relações familiares e sociais e o próprio crescimento demográfico. A contracepção permitiu que a relação sexual fosse desvinculada da reprodução, intervindo profundamente nas relações afetivas. O impacto dessa ruptura sobre as ciências do comportamento, como salientado por João Batista Villela, talvez só encontre equivalente ao produzido pela fissão nuclear nas ciências da

¹⁶² HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 15ª ed. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

¹⁶³ TESTART, Jacques. *O ovo transparente*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p. 27.

natureza.¹⁶⁴ Observa o jurista que, paralelamente à possibilidade de obter gratificação sexual sem os riscos da gravidez, há, agora, com os bebês de proveta, a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, ambas as liberdades tornando a paternidade, cada vez mais, um ato de opção.¹⁶⁵

Como técnica médica, a reprodução assistida tornou possível a concepção, a despeito da infertilidade. No entanto, como técnica científica, permitiu o acesso ao embrião humano, antes recolhido no ventre materno. O poder sobre a vida humana embrionária, acessível aos médicos e laboratoristas, conferiu-lhes uma porta aberta para a manipulação da vida, da genética e do futuro da natureza humana. Os efeitos da união de um óvulo e um espermatozoide sobre toda a humanidade tornaram-se o centro da reflexão ética instaurada.

Desenvolvida, inicialmente, para tratar a infertilidade, a técnica foi divulgada como um lampejo de esperança para os casais que enfrentavam a frustração do anseio de ter um filho. Os bebês de proveta foram socialmente apresentados como uma revolução na Medicina e, de acordo com Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa, “revestidos com uma aura de milagre, representação muito reforçada pelo sensacionalismo midiático que marcou sua divulgação”.¹⁶⁶

A satisfação gerada pelo emprego bem sucedido da técnica possibilitou sua aceitação no meio científico como um relevante progresso médico. Contudo, na sociedade, o advento da técnica causou inquietação e tornou-a alvo de questões éticas e jurídicas de difícil tratamento.

À divulgação do êxito da fertilização *in vitro* seguiram-se questionamentos religiosos, sobre a intervenção na sacralidade da geração da vida¹⁶⁷, e éticos, concernentes ao papel do médico: estar-se-ia apenas auxiliando o processo natural da fecundação ou estaria ele substituindo e manipulando esse processo por meios artificiais.¹⁶⁸ Também sobressaíram os questionamentos sobre a existência de um direito de criar um novo ser,

¹⁶⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, v. 271, ano 76, jul/ago/set. 1980, p. 412-413.

¹⁶⁵ Loc. cit.

¹⁶⁶ CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Revista Bioética*, Brasília, v.9, n.2, nov. 2009, p.76.

¹⁶⁷ MEIRA, Affonso Renato. Reprodução humana: a ética trinta anos depois. *Revista Bioética*. Ano 2008, v. 16, n. 1, p. 133-139, p. 133.

¹⁶⁸ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. v. 1. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 497.

sobre o alcance da inviolabilidade de corpo e sobre o possível tratamento do embrião como meio ao invés de fim em si mesmo.¹⁶⁹

Para Sgreccia, a reprodução assistida colocou a humanidade em um ponto crucial, no qual se faz necessário distinguir entre o que é tecnicamente possível e útil e o que é moralmente lícito. De acordo com ele, mais do que uma simples casuística médica, a nova técnica deve ser pensada em uma dimensão ético-cultural mais ampla. Em suas palavras:

É preciso dizer também que os valores humanos implicados no problema que examinamos são de um alcance cultural muito mais profundo do que possa parecer à primeira vista. Entram em questão as relações de harmonia e de equilíbrio entre “amor” e “vida” no matrimônio, entre liberdade e responsabilidade na profissão médica, entre natureza e pessoa no âmbito da vida humana, entre a técnica e moral na medicina e na biologia. São problemas que marcam toda a crise cultural do nosso tempo e caracterizam o difícil encontro entre o *homo sapiens* e o *homo faber*.¹⁷⁰

A preocupação com o uso da técnica motivou a criação, em vários países, de comissões especializadas para estudarem o tema sob a perspectiva ética.¹⁷¹ Na Inglaterra, foi instituída, em 1982, a comissão Warnock para estabelecer princípios aplicáveis às recém-criadas tecnologias de fertilização *in vitro* e à embriologia. O comitê, presidido por Mary Warnock, divulgou, em 1984, o conhecido relatório Warnock, que recomendou, entre outras disposições, o anonimato da doação de gametas, o reconhecimento da legitimidade do filho gerado na constância do casamento por meio de gametas de doador, quando houver consentimento de ambos os cônjuges, e a possibilidade de realização de pesquisas com embriões humanos.¹⁷²

Em Portugal, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida elaborou, em 1993, um relatório-parecer sobre as tecnologias de reprodução assistida. Consta do documento que as técnicas somente deveriam ser utilizadas quanto for impossível, por outros meios, o tratamento da infertilidade e somente por casais heterossexuais. Foi recomendada a proibição da criação de embriões para a pesquisa, a modificação genética e a realização de reprodução heteróloga, considerada eticamente inaceitável, haja vista os efeitos sobre o casal e sobre a criança da intervenção de patrimônio genético de um

¹⁶⁹ LEITE, 1995, p. 133.

¹⁷⁰ SGRECCIA, 2009, p. 498.

¹⁷¹ Estados Unidos, Grã-Bretanha, Suécia e França são exemplos dos países que criaram comitês especializados. LEITE, 1995, p. 22

¹⁷² REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY. Inglaterra. Department of Health & Social Security. Julho de 1984. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

terceiro. Considerou inaceitável, ainda, a destruição dos embriões excedentes, a utilização desses para a pesquisa científica e a doação a outros casais.¹⁷³

A partir de 1990, começaram a surgir, na Europa, as primeiras leis tratando das novas tecnologias reprodutivas, como a Lei de Proteção dos Embriões, na Alemanha, e a *Human Fertilisation and Embryology Act*, na Inglaterra, essa última inspirada no Relatório Warnock.

As novas técnicas ensejaram, igualmente, pronunciamentos da Igreja Católica sobre sua moralidade. Antes mesmo do sucesso obtido com a técnica de fertilização *in vitro*, a Igreja já condenava a inseminação artificial com o uso de sêmen de doador. Em discurso realizado no IV Congresso Internacional de Médicos Católicos, em 1949, o Papa Pio XII tratou como imorais a prática da inseminação artificial fora do matrimônio e aquela realizada com esperma de um doador.¹⁷⁴ Em 1958, no VII Congresso Internacional de Hematologia, realizado em Roma, o Papa Pio XII novamente condenou a utilização de gametas doados na inseminação artificial.¹⁷⁵

Em 1995, na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, o Papa João Paulo II referiu-se às técnicas de reprodução assistida como moralmente inaceitáveis por separarem a procriação do contexto integralmente humano do ato conjugal. Condenou, também, diversas práticas que importem o desvalor da vida embrionária, como a geração de embriões supranumerários e a destinação desses à pesquisa, condutas que reduziriam a vida humana a simples material biológico.¹⁷⁶ Na Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, defendeu-se o respeito aos embriões desde a concepção e afirmou-se que o congelamento dos embriões representa ofensa ao respeito que se deve ao ser humano. Considerou, ainda, que tanto as intervenções médicas sobre os embriões, quanto o diagnóstico pré-implantacional somente

¹⁷³ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Relatório-parecer sobre reprodução medicamente assistida. Documentação CNECV, v. I, 1991-1993, pág. 75-103. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

¹⁷⁴ PIO XII. *Discurso a los participantes em el IV Congreso Internacional de médicos católicos*. Evento realizado em 29 de setembro de 1949. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1949/documents/hf_p-xii_spe_19490929_votre-presence.html>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

¹⁷⁵ PIO XII. *Discurso al VII Congreso de la Sociedad Internacional de Hematología*. Evento realizado em 12 de setembro de 1958. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1958/documents/hf_p-xii_spe_19580912_ematologia.html>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

¹⁷⁶ JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

são lícitos se respeitarem a vida e a integridade do embrião e se orientarem para sua proteção e cura.¹⁷⁷

A temática foi novamente abordada na Instrução *Dignitas Personae*, em cujo texto a Igreja reconheceu como eticamente inaceitável a dissociação da procriação do ato íntimo entre o casal e entendeu a criopreservação de embriões como incompatível com o respeito a eles devido. Consta do documento que a criopreservação os priva da gestação materna, colocando-os em uma situação suscetível de manipulações, e ofende-lhes o respeito à vida, haja vista a alta porcentagem de não sobrevivência às práticas de congelamento e descongelamento.

Ainda no mesmo texto, a Igreja considerou inaceitável a utilização dos embriões para a pesquisa ou usos terapêuticos, por não se tratar de simples material biológico. Também rejeitou a redução embrionária, considerando-a um aborto seletivo, e o diagnóstico pré-implantatório, que, visando, na realidade, a uma seleção qualitativa com a consequente destruição dos embriões, é expressão da mentalidade eugênica e reprovável, por pretender medir o valor da vida humana segundo parâmetros de normalidade e de bem-estar físico.¹⁷⁸

Nos âmbitos da bioética e do Direito, também foram suscitadas questões sobre o procedimento do ponto de vista ético. Inicialmente, as preocupações situavam-se na intervenção médica sobre o ato pessoal do casal de gerar um filho e no modo de aplicação da técnica, que demandava a extração de gametas e a fertilização em laboratório. A substituição da relação sexual pelas técnicas de laboratório foi o primeiro impasse sofrido pela reprodução assistida, pois representava a intervenção médica na esfera da, até então, intocável geração da vida, tomada como ato sagrado. Ademais, implicava a exposição da intimidade do casal, tornando o ato da geração do filho eivado de artificialidade e ansiedade.

A estimulação ovariana, a coleta de óvulos, a forma de obtenção do sêmen e a fecundação laboratorial representavam uma intervenção, para muitos, indevida na vida íntima do casal, cuja vivência sexual era exposta e devassada. Especial resistência foi

¹⁷⁷ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-ife_po.html#_ftn32>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

¹⁷⁸ CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução Dignitas Personae: sobre algumas questões de bioética*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_po.html#_ftn35>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

verificada quanto à necessidade da masturbação para que fosse obtido o sêmen, ato tratado pela Igreja como intrinsecamente não-moral.¹⁷⁹

Além disso, a utilização de gametas de doador foi vista como um abalo aos laços familiares de natureza sanguínea. A presença de um estranho entre o casal no ato concepção do filho representou, certamente, a ruptura de uma perspectiva tradicional de procriação. Assim, mais do que a introdução de técnicas médicas na relação íntima do casal, havia, ainda, em alguns casos, a interferência de um terceiro, cujo patrimônio genético faria parte do novo ser. A utilização de gametas doados foi tratada até mesmo como adultério.

Questionamentos sobre uma possível paternidade a ser atribuída ao doador, bem como sobre o sigilo dos dados desse foram logo levantados. A própria doação de gametas foi alvo de críticas de pertinência ética. A possibilidade de comercialização das células humanas, afastada por bioeticistas, passou a ser aceita em alguns países, como nos Estados Unidos, ao argumento de que a vinculação entre o ato de doador e uma conduta livre e sem motivação de ordem financeira seria um obstáculo ao uso da técnica.

No Brasil, mesmo havendo disposição expressa da Constituição da República – art. 199, § 4º - vedando a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, é frequentemente aventada a possibilidade de remuneração pela doação de óvulo, já que o procedimento de extração é invasivo e prejudicial à doadora, e pela maternidade de substituição, que implica a disposição do útero e do corpo durante nove meses. Para os defensores da contraprestação, não se trataria de uma remuneração, mas de um ressarcimento a título de reembolso.¹⁸⁰

A gratuidade da doação de gametas é justificada com base na exigência de motivação altruísta do doador, a fim de que a doação esteja fundada em uma conduta desinteressada e em um consentimento livre. Além da gratuidade, é controversa também a questão do anonimato dos doadores de gametas.

Em que pese o interesse de doadores e receptores de não conhecer a identidade recíproca, mantendo o sigilo quanto aos seus dados, o interesse da criança é lembrado como um obstáculo ao anonimato absoluto. O anonimato facilitou as doações, pois preserva a intimidade do doador e a crença de que não será alvo de investigação de paternidade ou de demandas alimentícias. Contudo, ofende, para parte da doutrina, o

¹⁷⁹ SGRECCIA, 2009, p. 510.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. *Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 32.

direito da criança de conhecer sua origem genética. Discute-se, assim, um direito, por parte daquele que foi gerado com o uso de gametas doados de ter acesso à identidade do doador.¹⁸¹

Na França, para um adequado controle das doações de gametas, foram criados, a partir de 1973, os CECOS – *Centre d’Etudes et Consevation des Oeufs et Sperme Humains* – aos quais incumbia a seleção dos doadores, a realização dos exames necessários, a conservação dos gametas humanos e o registro dos dados referentes às doações. Trata-se de bancos de gametas criados para possibilitar o acompanhamento e registro das doações e o armazenamento dos dados referentes aos doadores e receptores.¹⁸²

Na seara jurídica, a reprodução assistida colocou em xeque diversas certezas sobre as quais o direito se baseava. A desvinculação entre o ato sexual e a geração do filho suscitou problemas de direito de família. A possibilidade de utilização de gametas de doadores, no caso de infertilidade irreversível, demandou, já de início, a definição de quem seria o pai, se o genitor que doou os gametas ou se o marido da mãe, que consentiu com o seu uso. A máxima *mater sempre certa est* também caiu por terra. A prática da maternidade de substituição, em que a mãe gestacional não é a mãe biológica afastou a certeza quanto à maternidade, problema inédito na humanidade. Afirma Eduardo de Oliveira Leite que “pela primeira vez na história da humanidade, o começo da vida humana se encontra dissociado do corpo da mulher geradora”.¹⁸³

A duplicidade de pais e mães, genéticos e sociais, e, ainda, a possibilidade de uma terceira mãe, a gestacional, que não é biológica ou social provocou inquietações sobre a natureza desses vínculos e convidou o Direito a integrar o debate ético.

Na doutrina brasileira, juristas como Álvaro Vilaça Azevedo defenderam a possibilidade de o filho investigar, a qualquer tempo, a paternidade biológica, compelindo as clínicas e bancos de sêmen a fornecer os dados do doador. O jurista entendeu, ainda, ser cabível o pedido de alimentos recíprocos, haja vista a consanguinidade.¹⁸⁴ Prevaleceu, contudo, a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito de conhecer a

¹⁸¹ Cf. AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede da Procriação Medicamente Assistida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra, v. XLI, nº 2; LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. V. 5, n. 19, ago/set, 2003.

¹⁸² LEITE, 1995, p. 32-34.

¹⁸³ Ibidem, p. 132.

¹⁸⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida. *Revista dos Tribunais*. v. 729, julho de 1996, p. 43-51.

ascendência genética, de modo que o liame biológico entre o doador e a criança não basta para a configuração de um vínculo de paternidade¹⁸⁵, entendimento que foi adotado no Código Civil de 2002.

Remanescem, contudo, muitas questões, entre as quais se situa o problema do tratamento legal da maternidade de substituição, em que a gestante não é a mãe biológica da criança e na qual há um compromisso de entrega do bebê após o nascimento. Nessa situação, a dúvida perpassa não apenas a determinação de quem é a mãe, se a biológica, que forneceu o óvulo, ou a gestante, que gerou a criança em seu ventre, abrangendo, ainda, a licitude do acordo realizado entre as partes e a exibibilidade da obrigação de entregar a criança.¹⁸⁶

A utilização da técnica por mulheres solteiras propiciou, também, questões éticas e jurídicas centradas na ausência de uma figura paterna e no aventado direito ao pai.

O debate ético sobre a Procriação Medicamente Assistida, de acordo com Hottois e Missa, comporta duas faces essenciais. A primeira refere-se a essa possibilidade, já tratada, de introdução deliberada na estrutura familiar de material genético estranho, tema que, aliás, é apenas um prolongamento do problema antigo da distinção entre a filiação biológica e social. Com a possibilidade de doação de gametas ou de um embrião, a fertilização *in vitro* fez reviver essas questões.¹⁸⁷

No entanto, na medida em que os problemas de filiação foram, aos poucos, pacificados, outros, ainda mais tortuosos, surgiram. A segunda face a que se referem os autores introduz questões novas, concerne ao estatuto do embrião humano e às consequências das manipulações às quais ele é suscetível de ser submetido. Esse segundo problema gera inquietudes éticas mais gerais decorrentes do poder da técnica e ao temor da apropriação, pelas estruturas científicas e médicas, da saúde e do corpo dos indivíduos, reduzindo-os ao estado de objetos, utilizáveis aos fins mercantis ou para atender a metas de notoriedade científica ou médica.¹⁸⁸

Nessa ótica, a procriação medicamente assistida se revela particularmente vulnerável às críticas. Para o autor, o que mais preocupa a opinião pública é a possibilidade

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. V. 5, n. 19, ago/set, 2003.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁸⁷ HOTTOIS, Gilbert, MISSA, Jean Noël. *Nouvelle Encyclopédie de bioéthique*. Bruxelles: Éditions De Boeck Université, 2001, p. 680.

¹⁸⁸ Loc. cit.

de combinar as manipulações experimentais do embrião humano com o potencial de engenharia genética.¹⁸⁹

A manipulação dos embriões e a criopreservação motivaram discussões a respeito dos direitos do embrião humano e, mais uma vez dividiram opiniões. A geração de embriões supranumerários, isto é, em número maior do que os que serão implantados, tornou necessária a criopreservação. Desse modo, os embriões excedentes são congelados por meio de um processo que, muitas vezes, não garante a sobrevivência, e permanecem nessa condição por tempo indeterminado. O acúmulo de embriões nas clínicas de reprodução assistida é uma realidade grave nos diversos países que utilizam a técnica da fertilização *in vitro*. Para Jorge Biscaia, “criaram-se, assim, verdadeiros embriões do frio, que podem permanecer eternamente órfãos de pais, na incomensurável solidão dos freezers de ultracongelamento.”¹⁹⁰

Além disso, é comum a ocorrência de gestações múltiplas, geradas a partir da implantação de vários embriões. Diante da baixa eficiência da técnica, os médicos sentem-se tentados a implantar um número maior de embriões, a fim de aumentar a chance de sucesso. Isso redundava em um alto percentual de gestações múltiplas, que incrementa o risco para a gestante e para os fetos. Com o escopo de evitá-las, muitos profissionais praticam a chamada redução embrionária, técnica consistente na eliminação de embriões já implantados no útero, garantindo que apenas um seja mantido vivo. A técnica é de natureza ética e jurídica questionável, visto que se trata de um aborto.

Tanto a manutenção de seres humanos congelados, sem perspectiva de implantação no útero de uma mulher, quanto a sugestão de descarte desses embriões motivam embates na esfera ética. Muitos reconhecem o embrião como um sujeito de direitos¹⁹¹, já que pertencente à espécie humana, e veem, nessas condutas, uma afronta à dignidade que lhe é inerente. Outros, por sua vez, adotam teorias para explicar que a vida humana só se inicia após um período de tempo ou uma determinada etapa do desenvolvimento ou buscam desumanizar o embrião, tornando-o objeto de livre

¹⁸⁹ HOTTOIS; MISSA, 2001, p. 680.

¹⁹⁰ BISCAIA, Jorge. Problemas éticos da reprodução assistida. *Bioética*. Vol. 11, nº 2, 2003, p. 81-90, p.83.

¹⁹¹ Cf. BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008; BOURGET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002; BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, nº 17, 2º semestre de 1999.

manipulação.¹⁹² Para esses, a proteção devida ao embrião, antes da implantação no útero, é menor do que aquela atribuída à pessoa já nascida ou ao feto, tornando justificável até mesmo o descarte dos embriões excedentários.

É relevante recordar, ainda, a destinação dos embriões para a pesquisa científica. As promessas da pesquisa com células-tronco embrionárias de que encontraria cura para diversas patologias hoje sem tratamento eficaz, fomentaram a crença de que a destinação dos embriões excedentários para a pesquisa seria útil e necessária ao desenvolvimento médico e científico. Partidários da concepção de que o embrião humano deve ser tratado como fim em si mesmo e não como instrumento de investigação científica opuseram-se a essa ideia.

No Brasil, a despeito das opiniões contrárias, a utilização de embriões humanos para a pesquisa foi aprovada pelo art. 5º da Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005. O dispositivo foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, ajuizada pelo ex-Procurador geral da República Cláudio Fontelles, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana.¹⁹³

Mais recentemente, o êxito no diagnóstico pré-implantacional, permitindo a descoberta de enfermidades das quais o embrião seria portador, e a consequente prática da seleção embrionária para eliminar ou selecionar embriões portadores de determinadas características genéticas, fez ressurgir o debate sobre a eugenia e o caráter ético das condutas seletivas nas clínicas de reprodução assistida. Lembra Testart que a procriação assistida, à medida que produziu óvulos em excesso, acabou provocando um segundo objetivo, que extrapola o auxílio à concepção, o de fazer crianças normais.¹⁹⁴

De acordo com reportagem da Revista Super Interessante, em 2009, uma mulher cuja família apresentava três gerações portadoras de câncer de mama procurou cientistas do University College Hospital de Londres para gerar um embrião que não tivesse o gene causador da doença. Os cientistas selecionaram, entre os onze embriões gerados a partir do

¹⁹² Cf. ENGELHARDT JR., Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015; SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo, 1994.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, publicado em 28-05-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acessado em 06 de outubro de 2015.

¹⁹⁴ TESTART, 1998, p. 55.

material genético do casal, dois que não possuíam o gene BRCA1, possível causador do câncer de mama.¹⁹⁵

A mesma reportagem faz referência a uma pesquisa da Universidade Johns Hopkins, nos Estados Unidos, segundo a qual, em 2006, quase metade das clínicas americanas que realizavam diagnóstico pré-implantacional ofereciam o serviço de escolha do sexo do bebê.

Também no ano de 2009, o médico Jeff Steinberg, um dos pioneiros da prática da fertilização *in vitro* na década de 1970, criou polêmica ao divulgar que a clínica *L. A. Fertility Institute*, por ele dirigida, estaria capacitada a possibilitar aos futuros pais a escolha do sexo e de outras características do bebê, como a cor dos olhos e dos cabelos. A notícia provocou críticas de outros pesquisadores que a julgaram prejudicial à real relevância do diagnóstico pré-implantacional: identificar doenças.¹⁹⁶

A escolha das características do novo ser causou polêmica também quando, no ano de 2002, Sharon Duchesneau e Candy McCullough, ambas surdas, decidiram usar o esperma de um doador com surdez hereditária para gerar uma criança também surda. Elas foram criticadas por pessoas que consideram a surdez uma deficiência, mas foram compreendidas por outras que percebem a surdez como uma característica da pessoa e não uma deficiência.¹⁹⁷

Para Jorge Biscaia, mesmo a utilização do diagnóstico pré-implantatório por casais com anomalias genéticas, com o intuito de selecionar embriões não portadores das características nocivas, tem clara conotação eugênica. Afirma o autor que o conjunto de manipulações hoje disponível, que atinge, de modo irremediável, o embrião, introduziu em uma técnica que objetivava criar vida uma cultura de morte, com grave desrespeito aos mais elementares direitos da criança ainda embrião.¹⁹⁸

O ressurgimento da eugenia, sob a falácia da busca pelo bem-estar do ser humano, é preocupação corriqueiramente observada entre filósofos e bioeticistas. A eliminação da

¹⁹⁵ SUPER INTERESSANTE. *Como fazer super bebês*. Edição 301, fevereiro, 2012. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/como-fazer-super-bebes>>. Acesso em: 02 de agosto de 2015.

¹⁹⁶ BBC NEWS. *Designer baby row over US clinic*. Março, 2009. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7918296.stm>>. Acesso em: 02 de agosto de 2015.

¹⁹⁷ GLOVER, Jonathan. *Choosing Children: the ethical dilemmas of genetic intervention*. Oxford: Oxford Press, 2006, p. 05.

¹⁹⁸ BISCAIA, 2003, p.84.

doença por meio da eliminação do doente é conduta que não trata do problema, apenas evita o nascimento de crianças portadoras de deficiência.¹⁹⁹

Atualmente, no entanto, já se propõe um novo objetivo, com características eugênicas mais evidentes: o de fazer crianças “melhores”. Entre as novas questões postas pela reprodução assistida, a terapia gênica e o melhoramento genético surgem como técnicas que interferem no código genético do indivíduo, para subtrair genes causadores de doenças ou modificar a constituição genética do embrião com o escopo de incrementar aptidões. Tais procedimentos são defendidos por parte da doutrina, que identifica um dever moral do ser humano de contribuir para a evolução da espécie.²⁰⁰ Para outros, devem ser rejeitados, seja pelo seu caráter eugênico, seja pela ofensa à autonomia do novo ser.

Hottois e Missa temem que, diante das possibilidades criadas pela oferta tecnológica, o público demandará, eventual e inevitavelmente, a produção, por fertilização *in vitro*, de crianças “à la carte”, que correspondam genética e fisicamente às vontades dos pais. Lembram, ainda, que a aplicação da técnica para a escolha do sexo já se encontra difundida e que a criação de um banco de esperma de ganhadores do Nobel pode ser considerado como sinal de uma tal prenúnciação.²⁰¹

A clonagem é ponto que também merece menção entre as preocupações éticas motivadas pela reprodução assistida. A violação à individualidade e o *status* do novo ser são apontados como os principais impasses da proposta.

De acordo com Jorge Biscaia, a aparente necessidade de embriões suscitou propostas de que fossem gerados por clonagem. No entanto, a ideia provocou fortes reações, sobretudo diante da inexistência de um casal como genitores e dos riscos somáticos para o futuro bebê, que, além disso, seria pretensamente igual a quem o criara. Mesmo a clonagem embrionária para obter células estaminais com fins terapêuticos foi rejeitada.²⁰²

Coloca-se, então, para Marilena Corrê, a necessidade de pensar, conforme já mencionado, os direitos do novo ser. Embora falar em direitos de uma pessoa não existente seja, em si, uma questão complexa. Incluir os interesses da prole no debate sobre os direitos individuais e as escolhas reprodutivas – seja no que concerne às características da

¹⁹⁹ MÉNÉ, Jean-Marie Le. *Nascituri, te salutant! La crise de conscience bioéthique*. Paris: Salvator: 2009. p. 22.

²⁰⁰ HARRIS, John. Enhancements are a moral obligation. In: SAVULESCU, Julian, BOSTROM, Nick. *Human Enhancement*. New York: Oxford University Press, p. 131-154.

²⁰¹ HOTTOIS; MISSA, 2001, p. 680.

²⁰² BISCAIA, 2003, p.83.

futura criança, seja, até mesmo, quanto às características de quem vai gerá-las, se casais ou mulheres solteiras – é imperioso.²⁰³ A extensão das consequências das escolhas a um outro indivíduo que ainda vai nascer impede que se trate do problema como mero exercício da autonomia dos pais diante das possibilidades científicas, ainda que lícitas.

Deixando de lado as citadas questões éticas geradas pela reprodução assistida, as quais serão aprofundadas no título III deste trabalho, é relevante demonstrar que o principal problema advindo dessa técnica, possivelmente raiz de todos os demais, é o desvirtuamento do fim a que ela se destina. Criadas para contornar a infertilidade, as técnicas de reprodução assistida, hoje, são utilizadas para os mais variados fins que, muitas vezes, apenas tangenciam a finalidade originária.

Lucien Sève argumenta que, embora a reprodução assistida tenha sido criada como um paliativo para a esterilidade, com um objetivo louvável, em uma década, todas as barreiras foram franqueadas, admitindo-se aplicações perversas. Menciona, entre essas, a gestação de substituição, a escolha do sexo por conveniência, a escolha de características da criança, a doação de embriões para pesquisa, o comércio de gametas, a inseminação de virgens e a maternidade após a menopausa.²⁰⁴

De um lado, elas tornaram-se meio propício às mais variadas investigações científicas, pelo “material biológico” que disponibilizam; de outro, revelam-se uma fonte lucrativa de recursos financeiros, dado o alto custo dos procedimentos e a crescente procura; e, finalmente, de uma terceira perspectiva, constituem um campo aberto à satisfação dos ilimitados desejos dos pais de gerar filhos cada vez mais “perfeitos”.

O primeiro aspecto citado é relevante, pois torna o procedimento médico criado para o auxílio à fecundação uma fonte de inesgotáveis possibilidades de investigação científica. Como bem observa Marilena Corrêa, a produção de embriões excedentes como decorrência da aplicação da técnica de fertilização *in vitro*, é a única via de disponibilização do embrião humano para a pesquisa que, expondo-os fora do útero materno, tem o importante desdobramento de propiciar a experimentação genética.²⁰⁵

A disponibilidade de embriões excedentes, que podem ser utilizados em experimentos científicos, e o atual estágio de desenvolvimento da genética proporcionam

²⁰³ CORRÊA, Marilena. Medicina Reprodutiva e desejo de filhos. . In: GROSSI, Miriam, PORTO, Rozeli, TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras livres, 2003, p. 32.

²⁰⁴ SÈVE, 1994, p. 240-241.

²⁰⁵ CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Revista Bioética*, Brasília, v.9, n.2, nov. 2009, p.78.

as pesquisas realizadas com células-tronco, a clonagem e a modificação do genoma do embrião. Todas essas atividades científicas tornaram-se possíveis a partir do desenvolvimento da reprodução assistida, que colocou o ser humano em estágio embrionário acessível aos pesquisadores. Distinguir entre o que é a busca pelo bem do novo indivíduo e da espécie humana e o que é mera curiosidade científica, vontade de conhecer que depende da instrumentalização do ser humano, é um dos desafios atuais na seara da reprodução assistida.

No que concerne ao segundo aspecto, os tratamentos para superação da infertilidade mobilizam interesses da indústria farmacêutica que, muitas vezes, colocam em segundo plano as questões éticas.²⁰⁶ Ensina Alejandra Rotania que as novas tecnologias reprodutivas conceptivas integram um movimento centrado na inovação e na superação constante das técnicas, que surgem para criar necessidades econômica e socialmente assimiladas. Enfatiza a autora que a reprodução, propriedade fundamental dos seres vivos, passou a ser um objeto tecnológico e que os benefícios inquestionáveis da técnica parecem diluir e escamotear o valor dos procedimentos para o capital e as implicações filosóficas de uma ordem em que seres vivos e, entre esses, seres humanos são bens de uso dos próprios seres humanos.²⁰⁷

O discurso médico da reprodução assistida sustenta a defesa, a qualquer preço e custo, da ação ilimitada em nome de um desejo de filhos por parte de casais e pessoas sozinhas. Assim, a ação médica seria, consoante o pensamento de Corrêa, “legitimada por um ‘direito’ socialmente aprovado e estimulado de ‘querer ter filhos’ e ‘formar família’, em contraste com o que ocorreu, historicamente, no embate entre poder médico, mulher e reprodução”²⁰⁸. As novas tecnologias reprodutivas tornaram quase patológica a ausência indesejada de filhos, o que permitiu transferir essa vontade para o campo dos direitos, assegurados por um “tratamento”, situação que parece deixar de lado as questões morais envolvidas e o interesse da criança.²⁰⁹

A associação da ideia do filho com o discurso do sonho e de um desejo insatisfeito é fomentada para justificar o uso de quaisquer meios para satisfazê-lo. O primeiro sacrifício é o financeiro, já que a reprodução assistida tem custos altos por

²⁰⁶ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 396.

²⁰⁷ ROTANIA, Alejandra. Novas tecnologias reprodutivas conceptivas no contexto da tecnociência. In: GROSSI, Miriam, PORTO, Rozeli, TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras livres, 2003, p. 17-18.

²⁰⁸ CORRÊA, 2003, p. 32.

²⁰⁹ Ibidem, p. 32.

procedimento e chances de êxito baixas²¹⁰, o que demanda, com frequência, a realização de várias tentativas com multiplicação dos gastos. Aliás, o custo do procedimento implica o restrito acesso à técnica àqueles que dispõem de recursos financeiros, situação que gera desigualdade no que concerne à efetivação do suposto direito de procriar, bem como enseja a reflexão sobre a alocação de verbas para a saúde e o estabelecimento de prioridades.²¹¹

Há, também, o sacrifício do equilíbrio emocional do casal, que se torna alvo de procedimentos médicos invasivos. Os procedimentos diagnósticos, afirma Kusnetzoff, costumam ser vividos como invasivos da intimidade pessoal ou do casal e mobilizam sentimentos de vergonha, humilhação, sendo fontes de estresse e conflitos.²¹² As técnicas de reprodução assistida podem intensificar a ligação dos pais ao feto, criando expectativas irreais da gravidez.²¹³

Além disso, em cada consulta, é reavivada, ainda, a angústia da incerteza da concepção. Apesar do avanço biomédico e das conquistas científicas, a concepção e o poder de fecundar como salienta Eduardo de Oliveira Leite, “guarda segredos e permanece um mecanismo complexo”²¹⁴. Assim, embora esteja disponível o poder de evitar completamente a concepção, a geração da vida ainda escapa à eficiência científica, tornando o recurso à técnica uma possibilidade de novo insucesso, com maior repercussão sobre o emocional dos envolvidos. Nas palavras de Kusnetzoff:

A criança “fantasma” representa não só um desejo do casal infértil, senão também de uma zona “gris” e sobretudo “muda”, onde se deposita toda carga afetiva, quase “tóxica”, do estresse e da frustração, zona invisível por definição, que leva a mantê-la oculta e em segredo, e contribui decisivamente no isolamento social do casal.²¹⁵

O risco da técnica, no entanto, não se restringe ao insucesso. Todas as etapas da fertilização *in vitro* comportam riscos para a gestante e para o embrião ou feto. As altas doses hormonais às quais é submetida desequilibram o organismo, o monitoramento laboratorial é desgastante e são repetidas as intervenções médico-cirúrgicas. No caso de uma fertilização bem sucedida, a gestação, frequentemente, abrange mais de um bebê, tendo em vista a prática comum da implantação de numerosos embriões. As gestações

²¹⁰ Marilena Corrêa menciona para a existência de resultados contraditórios no que concerne ao sucesso global da técnica, com dados variando de 10% a 25% em estudos publicados. CORRÊA, 2009, p.76.

²¹¹ PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 405.

²¹² KUSNETZOFF, 1997, p. 21.

²¹³ SEIXAS; FARIA, 1995, p.104.

²¹⁴ LEITE, 1995, p. 22.

²¹⁵ KUSNETZOFF, op. cit., p. 22.

múltiplas são mais propícias a riscos também para os fetos que podem apresentar baixo peso, problemas respiratórios, entre outras consequências.²¹⁶

Há, pois, um abismo entre a propagada ideia da reprodução assistida como uma evolução maravilhosa da medicina, apta a realizar o sonho de ter um filho, e a realidade verificada nas clínicas de reprodução assistida. A despeito do mérito da técnica e do esforço dos médicos que a utilizam, o procedimento é repleto de riscos e apresenta resultados ainda pouco eficientes.

Para os pacientes que recorrem a essas técnicas, todas as dificuldades podem ser superadas. O desejo do filho, já tão fomentado socialmente, transforma-se em meta, diante da possibilidade proporcionada pela ciência. Contudo, um desejo que já vivenciou a frustração pode ser uma porta aberta para a ausência de reflexão sobre a ética das técnicas envolvidas. Nas palavras de Marilena Corrêa:

A um “desejo de filhos” absolutizado corresponde uma aplicação inquestionável das novas tecnologias reprodutivas. Até que ponto um discurso que transforma direitos reprodutivos em direitos à reprodução (procriação) e/ou o desejo de ter filhos em um direito individual fundamental contribui para um ainda maior obscurecimento destas questões?²¹⁷

Compartilhando dessa preocupação, Rafael Luís Vale e Reis arrola como um dos grandes perigos da utilização das técnicas de reprodução assistida seu uso a serviço de um utilitarismo reprodutivo, em clara derrogação ao princípio da subsidiariedade, que condiciona o acesso às técnicas à existência de infertilidade ou de necessidade justificada dos beneficiários.²¹⁸

Entre os casos que se tornaram publicamente conhecidos e polêmicos, pode-se citar a inseminação artificial realizada pela pastora norte-americana Lesley Northrup que, em 1987, tornou-se uma mãe virgem. Também é possível fazer referência ao caso de Adriana Iliescu, romena que conseguiu dar à luz aos 66 anos.²¹⁹

Os caminhos pelos quais a reprodução assistida enveredou, previsíveis, mas talvez não previstos ou refletidos por muitos médicos e cientistas que auxiliaram seu desenvolvimento, assustaram os próprios defensores da sua prática. Jacques Testart, o

²¹⁶ CORRÊA, 2009, p.76.

²¹⁷ CORRÊA, 2003, p. 35.

²¹⁸ REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.354.

²¹⁹ *Ibidem*, p.355.

primeiro médico a obter êxito na geração de um bebê de proveta na França, publicou, posteriormente, a obra *O Ovo Transparente*, na qual afirma que cessará as pesquisas nessa seara, justificando sua decisão com base nos novos riscos gerados pelo desenvolvimento da genética e da aplicação desse conhecimento na prática clínica da procriação medicamente assistida.

Para o autor, a fertilização *in vitro* justificou a extração do ovo do corpo e, tornando-o disponível ao pesquisador, preparou os espíritos para recuar, depois admitir e, finalmente, demandar novas manipulações sobre esse ovo.²²⁰ Chama a atenção, assim, para a possibilidade de que as demandas pela reprodução assistida se transportem da incapacidade de gerar um filho para outras necessidades e vontades, como a de um casal que já tem cinco meninas e recusam um menino. Afirma que o sofrimento é sempre autêntico e que a aflição desse casal pode ser tão profunda quanto a de qualquer outro.²²¹

Testart entende que, embora cause regozijo a satisfação dos pais que, no final do percurso terapêutico, descobriram a gravidez, vendo o terceiro, até então “coisa” de especialistas, transformar-se no seu filho, ela também cria ou agrava misérias, especialmente aos casais para os quais o fracasso persiste, guardando, pois, algo de imoral na expressão estatística dos sucessos.²²²

Contudo, é na reflexão sobre o futuro da reprodução assistida e suas consequências que o autor deixa a maior contribuição reflexiva, conforme trecho citado:

Creio que chegou o momento de fazer uma pausa, o momento de autolimitação do pesquisador. O pesquisador não é o executor de todo projeto que nasce da lógica própria da técnica. Colocado no cadinho da espiral dos possíveis, ele adivinha, antes de qualquer outra pessoa, para onde tende a curva, o que ela vem apaziguar, e também o que vem abolir, censurar, renegar. Eu, ‘pesquisador de procriação assistida’, decidi parar. Não a pesquisa para fazer melhor o que já fazemos, mas a que opera uma mudança radical da pessoa humana no ponto de encontro da medicina procriativa e da medicina preditiva. Fiquem tranquilos os fanáticos do artificial, os pesquisadores são muitos, e tenho consciência de estar isolado nesse ponto. Que os homens preocupados, os que eram chamados ‘humanistas’ e que hoje são tidos como ‘nostálgicos’ se interroguem. E que o façam depressa.²²³

Apesar das controvérsias éticas e técnicas quanto à reprodução assistida essa tornou-se um procedimento padrão na ginecologia e na obstetrícia. À medida que a

²²⁰ TESTART, 1995, p. 20.

²²¹ Ibidem, p. 20-21.

²²² Ibidem, p. 21.

²²³ Ibidem, p. 25.

medicina reprodutiva evolui, dominando não apenas a geração da vida, mas também o controle sobre a genética humana, a reflexão ética torna-se mais necessária e imprescindível. Médicos, bioeticistas, filósofos, antropólogos e juristas unem-se nessa tarefa reflexiva, cujos principais pontos pretendeu-se expor neste tópico.

3. A INSUFICIÊNCIA DA BIOÉTICA NA FUNÇÃO NORMATIVA E A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

3.1 A medicina como um fenômeno social

A medicina não interfere na realidade apenas com a utilização de técnicas aptas a modificar o destino da saúde humana, exerce, também, relevante papel na representação social da doença e do doente, cabendo-lhe a função de criar ou afastar os estigmas do normal e do anormal, da saúde e da doença, da perfeição e imperfeição.

Explicita Engelhardt que “a medicina molda as formas pelas quais o mundo da experiência se torna realidade”. Isso significa que ela traduz um conjunto de problemas físicos cujo sentido, significado e realidade são lançados em termos das suas próprias instituições sociais e intelectuais. Assim, uma dor e um sofrimento, quando vistos como problemas médicos, tornam-se circunstâncias desviantes dos ideais fisiológicos ou psicológicos de bom funcionamento. Ao mesmo tempo em que se tornam uma desordem médica, passam a receber um valor social, já que a medicina é uma instituição social.²²⁴

Tratar uma condição física ou mental como médica é uma variável determinada pelo tempo e pelo espaço, isto é, depende do contexto em que se manifesta. A condição será vista como negativa sempre que dificultar ou impedir ao indivíduo que a possui lograr um êxito considerado importante em um dado tempo e um dado local.

A realidade e os fatos médicos são condicionados, ou distorcidos, por contextos históricos e culturais, de modo que ver um fenômeno da vida como um problema médico provoca questões, não apenas de medicina, mas também de ética e de política pública. Tratar uma característica física como enfermidade, deformidade ou incapacidade é vê-la como falha em alcançar um estado esperado, que se julga apropriado à pessoa. Sempre que se caracteriza um estado como de doença, faz-se um julgamento.²²⁵

Lembra Engelhardt que o conceito de normalidade, para fins médicos, não é um dado da natureza; é determinado em um contexto particular de expectativas. Exemplificando, invoca Tomás de Aquino que, na *Summa Theologica*, considerou a masturbação um crime mais grave do que o estupro, porque enquanto esse é realizado

²²⁴ ENGELHARDT JR., Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 231.

²²⁵ *Ibidem*, p. 241-244.

naturalmente, aquela viola a lei da natureza. Questiona o autor, ainda, a existência de sentido no fato de que certos atos consensuais são perversos ou não naturais, se nos afastarmos das tradições morais. Cita, assim, o exemplo de um irmão e uma irmã capazes, estéreis e não casados que decidem, aos 50 anos, manter relações sexuais e questiona se tal ato seria não-natural ou perverso.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à medicina. A decisão sobre o que é um problema médico depende do ambiente particular do contexto e do conjunto de objetivos daquela comunidade. Assim, se o indivíduo é da raça negra e reside em local sem a disponibilidade da exógena vitamina D, poderá ter menos chances de sobrevivência em relação a um indivíduo de pele clara. Contudo, se estivesse disponível, no mesmo ambiente, leite enriquecido com vitamina D, o indivíduo se tornaria bem adaptado. Da mesma forma, um indivíduo de pele clara exposto aos efeitos do sol sem proteção poderia desenvolver um câncer de pele precoce. Tal situação poderia ser evitada com processos de adaptação. Portanto, as condições físicas são tratadas como problemas porque impedem os objetivos dos indivíduos ou de grupos particulares ou porque dificultam a realização de interpretações particulares da vida virtuosa²²⁶

Desse modo, uma má-formação física não é inerentemente médica. Ela assume tal característica quando se entende que gera um sofrimento, ao qual, por sua vez, é atribuído um desvalor. O “problema”, tratado como incapacitante no sentido de impedir o alcance de um lugar esperado, é tornado médico no momento em que frustra as expectativas sociais em relação àquele indivíduo.

Para Engelhardt, há uma complexa interação entre o ambiente, as expectativas culturais, os objetivos individuais e os modos pelos quais os problemas aparecem como moléstias. As enfermidades, doenças, incapacidades e sofrimentos são determinados por uma teia de valores não morais, que invocados para julgar as funções, a forma e a graça humanas, refletem ideais de liberdade da dor, da capacidade humana e da forma e movimento do corpo.²²⁷

No mesmo sentido, entende Moacyr Seliar que os conceitos de saúde e de doença não têm o mesmo significado para todas as pessoas. Dependem da época, do lugar e da

²²⁶ ENGELHARDT JR., 2015, p. 245-250.

²²⁷ Ibidem, p. 257.

classe social, refletindo a conjuntura social, econômica, política e cultural. Cita, como exemplo, o tratamento da fuga dos escravos como enfermidade mental.²²⁸

O conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde de que essa é uma condição de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença hoje sofre críticas. Para Marcos Segre e Flávio Ferraz, ao se trabalhar com um referencial objetivista, que associa a avaliação do grau de perfeição, bem-estar ou felicidade de um sujeito a um referencial externo ao sujeito, estar-se-ia elevando esses termos a categorias que existem por si mesmas. Esse reconhecimento implicaria ignorar que tais categorias estão, na verdade, sujeitas a uma descrição dentro de um contexto que lhes empreste sentido, a partir da linguagem e da experiência do sujeito.²²⁹

Para Engelhardt, é justamente pela flexibilidade dos conceitos de saúde e enfermidade, formados pela interação entre numerosos valores, que se torna difícil estabelecer uma linha divisória entre intervir para corrigir anormalidades e intervir para melhorar o potencial. Para isso, afirma o autor ser necessário discernir o que pode ser considerado restauração da condição normal ou aperfeiçoamento das funções.²³⁰

Classificar um paciente como doente é, portanto, mais do que dizer que ele tem um problema que deveria ser resolvido. É também colocá-lo em papéis sociais onde são esperadas certas reações societárias. Há, assim, uma suposição de que as pessoas doentes querem ser tratadas. De forma semelhante a um policial que modifica a realidade ao dizer a um criminoso que ele está preso, o médico também o faz ao dizer a um paciente que ele está doente. Com essa conduta, ele o coloca em um contexto social, com um conjunto de expectativas, que podem dirigir julgamentos morais. Isso significa que o diagnóstico é um modo de rotulagem social.²³¹

Há uma confusão entre a avaliação e as decisões de assistência à saúde sobre tratar ou não de problemas médicos, e sobre como eles devem ser interpretados e classificados. Considerar um fato como um problema médico não é questão meramente epistemológica ou fundada no conhecimento técnico, é baseada em um conjunto de considerações de valor, podendo se tornar uma questão moral.²³²

²²⁸ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007, p. 30.

²²⁹ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, v. 31, n. 5, p. 538-542, outubro de 1997.

²³⁰ ENGELHARDT JR., 2015, p. 258.

²³¹ Ibidem, p. 273-274.

²³² Ibidem, p. 284.

De acordo com o autor, a maior parte dos termos cruciais em debates bioéticos compartilha de tais complexidades. Esse problema é relevante também para o presente trabalho. Afirmar que a infertilidade é uma doença implica garantir ao doente uma forma de tratamento. De modo semelhante, afirmar que um embrião não é viável ensejará uma determinada decisão médica e, talvez, jurídica. O mesmo ocorrerá, por exemplo, com a afirmação de que um embrião será uma pessoa com alguma síndrome.

Tratar uma limitação física ou intelectual como um problema médico é caracterizá-la como algo que destoa do estado de coisas socialmente esperado. Há, nessa classificação, portanto, a atribuição de um desvalor àquela condição, que é vista como prejudicial ou negativa à satisfação do sujeito. Contudo, é importante observar que a classificação não é um dado da natureza, já que os conceitos de normalidade e anormalidade dependem de fatores culturais e ambientais.

Certas capacidades do ser humano hoje são oriundas de mutações genéticas que, em determinado momento histórico, eram aberrações. Contudo, algumas tornaram-se essenciais à sobrevivência e à evolução. Logo, limitações tratadas pela ciência médica como doença podem ser, futuramente, características importantes. Quer-se com isso explicitar que há um componente subjetivo na escolha do que é ou não doença, que torna essa classificação sempre mutável.

Essa percepção aplica-se à definição da infertilidade como um problema médico a ser tratado. A falta de filhos, mesmo embasada por uma vontade legítima, não gera nenhum prejuízo às funções orgânicas do indivíduo e, tampouco, afeta suas capacidades e habilidades. Contudo, é tratada como um problema médico em virtude da expectativa social existente de que as pessoas gerem filhos.

Se a reprodução é vista como essencial ou, ao menos, como uma função muito importante em uma dada comunidade, sua ausência é fundamento para estigmatizar o indivíduo, atribuindo-lhe um desvalor ao descumprir uma função que dele era esperada. Tal situação foi vivenciada pelas mulheres em muitas culturas e mesmo hoje ainda é verificada em alguns países orientais. A ausência da capacidade de se reproduzir pode ser, assim, um problema de natureza social que se torna um problema médico.

A perspectiva da infertilidade como a frustração da expectativa social de geração de descendência fundamenta a concepção médica de que é um problema a ser tratado e, nesse caso, a reprodução assistida torna-se um tratamento médico. Quando isso ocorre, a superação da infertilidade passa do plano da esperança e do milagre para o plano do desejo

e do direito. A reprodução assistida é erigida à categoria de um procedimento ao qual os pacientes fazem jus para tratar da sua saúde.

Assim, ela deixa de ser um melhoramento colocado à disposição daqueles que querem e podem arcar com o procedimento e pode tornar-se uma obrigação estatal, implicando escolhas alocativas de recursos. No entanto, conforme já salientado neste trabalho, as novas tecnologias reprodutivas implicam altos custos e, por isso, qualquer decisão de custeio pelo Estado demandará renúncias ao custeio de outros procedimentos, provavelmente, mais essenciais ao ser humano. Para quem enfrenta a desilusão da infertilidade, entretanto, nada é mais essencial do que a satisfação do desejo de ter um filho e os interesses científico e econômico na reprodução assistida corroboram essa ideia.

O reconhecimento da natureza social dos conceitos de saúde e doença, perfeição e imperfeição é também relevante quando se trata das novas propostas de seleção embrionária, terapia gênica e melhoramento genético. Determinar, ao certo, quais são as doenças que podem justificar o uso da reprodução assistida em caso de risco de transmissão de enfermidade genética é função de difícil generalização. Embora exista um aproximado consenso quanto a algumas enfermidades de alta gravidade, que tornam a vida muito árdua, utiliza-se o diagnóstico pré-implantacional até mesmo para a eliminação de embriões com síndrome de Down, perfeitamente compatível com uma vida satisfatória.

No que concerne ao melhoramento genético, é ainda mais difícil estabelecer parâmetros ao que seria útil à espécie humana e o que não seria. Para Engelhardt, com a transformação da medicina em um meio para remodelar e reformar a natureza humana, surgem preocupações com aquilo em que os homens devem se transformar e julgamentos pautados em valores morais.²³³

Toda a problemática envolvendo genética e reprodução assistida perpassa o desconhecimento sobre o que, de fato, é bom para o ser humano o que o não é, pois mesmo os consensos hoje alcançados são válidos neste tempo e neste espaço. Utilizar a reprodução assistida para eliminar embriões portadores de síndromes ou outras doenças pode ser negativo não apenas do ponto do vista ético, mas também porque tais condições, tratadas como enfermidades, podem ensejar características que serão úteis no futuro e vice-versa. Doenças e qualidades são definidas em um dado local e em um dado tempo. O aumento da inteligência, por exemplo, é comumente associado ao maior isolamento do indivíduo, característica que pode ser agravada pelo mundo virtual e não se revelar propícia ao futuro

²³³ ENGELHARDT JR., 2015, p. 494.

da humanidade. O desconhecimento do futuro e das habilidades que serão indispensáveis à sobrevivência coloca cientistas e juristas em uma posição desconfortável. Como estabelecer limites sobre algo cujas consequências não podem ser previstas?

A questão essencial que se pretendeu demonstrar, contudo, reside na existência de controvérsia sobre questões tidas como objetivas, como as noções de doença, deficiência e imperfeição. Essas controvérsias são agravadas em situações, como aquela a que se refere este trabalho, em que não há apenas conflito quanto a conceitos médicos, mas também quanto a questões éticas, políticas e jurídicas.

As transformações da medicina não ocorreram, assim, somente no âmbito técnico, com a descoberta de novos procedimentos. Elas alcançaram, também, o âmbito social, seja na forma como a medicina se apresenta à sociedade, seja na forma como os próprios médicos a percebem. Isso significa que a medicina, além de tratar dos doentes, assume uma relevante e valorizada função de aprimorar a saúde, melhorando os seres humanos. Contudo, o que é e quais são os limites desse aprimoramento são questões cujas respostas variam conforme valores morais compartilhados ou não.

O reconhecimento de que os conceitos médicos perpassam o contexto histórico e social reflete na situação vivenciada hoje: a dificuldade de encontrar consenso sobre questões médicas relacionadas à vida, à morte, à experimentação e à reprodução.

3.2 O pluralismo moral e a bioética

A bioética foi criada com o objetivo de ser um *locus* de entendimento entre a técnica científica e os valores morais. Para que fosse aceita como área do saber com a finalidade proposta, houve uma tendência de especialização da bioética, com a figura do “bioético” como especialista. Essa tendência pretendia facilitar os acordos no âmbito profissional, afastando, assim, as diferenças porventura existentes nos âmbitos político, religioso e ideológico.²³⁴

Para Teresa López de La Vieja, “construir pontes” revelou-se uma estratégia adequada enquanto a bioética ainda não lograva obter um estado bem definido. O consenso encontrado nas primeiras reflexões, que resistiu por mais de vinte anos às tensões internas, foi fundamental para conduzir o debate sobre problemas morais difíceis, bem como para a

²³⁴ VIEJA, Teresa López de la. Bioética: el final del consenso. *Azafea. Revista filosófica*. Universidade de Salamanca, v. 10, p. 51-74, 2008, p. 53.

consolidação da disciplina no espaço acadêmico, com a elaboração de uma linguagem compartilhada por estudiosos de diferentes campos do saber. Além disso, foi importante também para a elaboração de declarações e documentos internacionais sobre o uso das técnicas biomédicas.²³⁵

O consenso, de acordo com a autora, facilitou a tomada de decisões no âmbito clínico e fortaleceu uma bioética liberal e pragmática. Para que ele fosse possível, no entanto, foi necessário prevenir os debates ideológicos. Assim, as controvérsias políticas foram afastadas e o consenso expressava-se em termos minimalistas, relegando as diferenças culturais, as preferências e as identidades particulares à margem do debate.²³⁶

Esse modelo de bioética, apesar de aparentemente neutro, estava impregnado de ideologia, comprometido com os princípios básicos do liberalismo: autonomia e liberdade individual. Por trás da pretensão de afastar os desacordos, havia a concepção de que era necessário impor limites ao Estado para que não interferisse nas decisões pessoais. O suposto consenso era fundado na autonomia e na racionalidade.²³⁷

Contudo, o excessivo pragmatismo do giro aplicado debilitou as bases desse modelo liberal e profissional. Nos anos noventa, os compromissos estáveis em bioética findaram-se e os desacordos ideológicos latentes, adiados durante muitos anos, ressurgiram como fortes reações às técnicas biomédicas, minando a paz bioética. Com o novo século, acentuaram-se as críticas ao modelo liberal até então adotado, bem como aos excessos do enfoque pragmático, situação que tornou cada vez mais explícitos os desacordos ideológicos. A pluralidade moral, política e ideológica afastou, de vez, o consenso entre os especialistas.²³⁸

Para Francesco D'Agostino, há dois fundamentos que embasam as dificuldades encontradas na construção de uma epistemologia adequada à bioética. O primeiro está no desenvolvimento recente dessa área do saber e o segundo está relacionado com a dificuldade que caracteriza o panorama cultural e espiritual do final do segundo milênio. Esclarece que estamos construindo um “horizonte de pensabilidade” do mundo totalmente novo, que, por enquanto, é denominado pós-moderno. Nesse contexto, a bioética estaria vivenciando uma situação instável, de um lado como negação ou superação da ética

²³⁵ VIEJA, 2008, p. 53-54.

²³⁶ Ibidem, p. 55-58.

²³⁷ Ibidem, p. 62.

²³⁸ Ibidem, p. 55.

moderna, mas, de outro, sem, ainda, ser apta a individualizar um lugar para si.²³⁹ Observa o autor:

Nascida para responder a um desconforto cada vez mais evidente, percebido pelo homem em relação ao caráter fortemente invasivo da moderna biomedicina e biotecnologia, a própria bioética transformou-se, e de forma rápida, num verdadeiro sinal de desconforto, ou seja, numa fonte de controvérsias, eventualmente ásperas, de cunho não apenas ideológico, mas, inclusive, prático.²⁴⁰

A maior dificuldade enfrentada pela bioética atualmente é a falta de consenso quanto às diversas questões sobre as quais reflete. Lembra Pegoraro do sentimento difuso de falta de orientação ética vivido nesta geração, afirmando que “há uma sensação de que perdemos o paradigma ético e vivemos em uma Torre de Babel: todos falamos, mas não nos entendemos.”²⁴¹ Continua o autor enfatizando que “o terceiro milênio se abre com este déficit de horizonte ético.”²⁴²

As diferenças étnicas, religiosas e culturais sempre foram motivo de discórdia entre os seres humanos e já fundamentaram muitos conflitos armados. No entanto, até meados do século passado, as diferenças eram motivo de repressão e exclusão, prevalecendo a moral compartilhada por uma maioria com o afastamento das demais concepções. Hoje, contudo, o caminhar da humanidade para uma maior tolerância ética e religiosa redundou em uma pluralidade moral legítima, reconhecida e protegida pelo Estado e tutelada por órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

A despeito da evolução positiva representada por essa abertura à pluralidade, a ética, a bioética e o direito ainda enfrentam dificuldades para lidar com a ausência de princípios e valores universalmente compartilháveis e que facilitavam as decisões políticas. Como bem coloca Marlene Braz, “mesmo fazendo todos parte da mesma espécie – seres humanos – o pluralismo coloca o desafio de se viver com a diversidade de visões de mundo”²⁴³. A dificuldade fundamental de determinar parâmetros éticos e de legislar sobre

²³⁹ D’AGOSTINO, Francesco. *Bioética: segundo o enfoque da Filosofia do Direito*. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p.15.

²⁴⁰ *Ibidem*, p.13.

²⁴¹ PEGORARO, 2010, p.18.

²⁴² *Ibidem*, p.19.

²⁴³ BRAZ, Marlene. Bioética, proteção e diversidade moral: quem protege quem e contra o quê na ausência de um referencial moral comum? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (org.). *Bioética: riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora Fiocruz, 2005, p. 46.

questões que concernem à biotecnologia e, especialmente, à reprodução assistida, reside nessa ausência de consenso.

Para Tristram Engelhardt, as guerras culturais que fragmentam as reflexões bioéticas estão fundadas em uma diversidade moral insolúvel²⁴⁴. Com o escopo de explicitar as raízes da pluralidade moral que dificultam o consenso na seara da bioética, Engelhardt parte do reconhecimento de que a reflexão moral na contemporaneidade é marcada por um desacordo proeminente e persistente. Os filósofos defendem diferentes moralidades, fundadas em juízos morais estáveis e incompatíveis. Na bioética, há os que defendem e repudiam o aborto, a eutanásia, as abordagens democrático-sociais à alocação de recursos, além das diferentes formas de lidar com a sexualidade, a reprodução humana, a morte, entre outros temas sensíveis. Os desacordos, conforme ensina o autor, não se restringem a questões específicas, mas estão expressos em estilos de vida morais incompatíveis e envolvem visões de mundo divergentes.²⁴⁵

Observa o autor a impossibilidade de que as controvérsias que dividem as moralidades sejam resolvidas por meio de argumentos seculares, racionais e lógicos, pois aqueles que se encontram em tal disputa discordam sobre premissas básicas, sobre regras de evidência moral e metafísica. Portanto, o desacordo não se restringe a questões morais, mas abrange o caráter de base da própria moralidade.

Apesar dos desacordos perenes, o autor reconhece que há proclamações de consenso moral na sociedade contemporânea. Afirma-se, muitas vezes, que as disputas morais não existem ou que não têm valor intelectual, bem como que há um consenso em defesa de uma moralidade comum, tomada como base sustentadora para uma noção comum de bioética e da política de saúde que ela defende. O autor cita, como exemplo, a Declaração sobre Bioética e Direitos humanos, de 24 de junho de 2005, que, embora reconheça a diversidade cultural e o pluralismo, não considera a profundidade da diversidade moral, pois isso impossibilitaria a generalidade da declaração.²⁴⁶

Essa busca por uma moral concreta e disponível a todos por meio da reflexão racional estaria, para ele, enraizada na história ocidental, dificultando o reconhecimento da diversidade moral existente no contexto atual. A ideia de um ponto de vista comum a todos remonta aos pré-socráticos e a Heráclito. Platão, Aristóteles e os estoicos compartilham da

²⁴⁴ ENGELHARDT JR., H. Tristram. Bioética global: uma introdução ao colapso do consenso. In: ENGELHARDT JR., H. Tristram (org). *Bioética global: o colapso do consenso*. São Paulo: Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2012, p.20.

²⁴⁵ Ibidem, p. 20-21.

²⁴⁶ Ibidem, p. 22-23.

aspiração por articular a explicação racional do ser e da moralidade, a qual foi também buscada pelo cristianismo.²⁴⁷

Relata Engelhardt que, na Idade Média, o cristianismo ocidental instituiu o monoteísmo cultural. A realidade, o valor e a estrutura social passaram a ser entendidos a partir da perspectiva do único Deus. A religião oferecia uma coincidência na justificação da moralidade. Tais convicções permaneceram mesmo diante da fragmentação da fé, após a proposição, por Martinho Lutero, das 95 teses em 1517.

Com o enfraquecimento do papel da religião na sociedade e o crescimento do iluminismo, acreditou-se que a razão poderia revelar o caráter da vida boa e dos cânones da probidade moral. Contudo, o anseio por descobrir, por meio da razão, uma moralidade comum, que proporcionasse a paz perpétua, fracassou. A filosofia não foi capaz de preencher o vazio deixado pelo colapso da hegemonia do pensamento cristão e, dessa lacuna, surgiram várias filosofias e éticas filosóficas concorrentes. A transformação da racionalidade secular em muitas racionalidades é a principal característica da pós-modernidade.²⁴⁸

De acordo com o pensamento de Engelhardt, o fracasso do projeto filosófico moral da modernidade, que pretendia garantir por meio da razão a moralidade que, na era medieval, era proporcionada pela fé, conduziu a sociedade ao politeísmo e ao ceticismo dos tempos antigos. A lembrança de uma unidade pretendida foi substituída por uma diversidade de visões morais e bioéticas essenciais, que não se submetem a uma só interpretação e que constituem o preço da pós-modernidade e da visão multicultural e multiperspectivista por ela imposta.²⁴⁹

Ensina Francesco D'Agostino, também, que, na perspectiva pós-moderna, o esforço para tentar unificar, por meio da argumentação racional, as opções morais, é vão, em face do contraste existente entre os valores que norteiam o ordenamento do mundo. Em suas palavras:

A modernidade, nascida como impávida e laica resposta da razão humana pronta a ocupar os espaços epistemológicos deixados pela crise religiosa do século XVI, termina dando lugar a um paradigma cultural absolutamente inédito: o politeísmo ético (segundo a icástica expressão de matriz weberiana).²⁵⁰

²⁴⁷ ENGELHARDT JR., 2015, p. 24-27.

²⁴⁸ Ibidem, p. 25-27.

²⁴⁹ Ibidem, p. 39.

²⁵⁰ D'AGOSTINO, 2006, p.16.

A pós-modernidade caracteriza-se, portanto, pela existência de diversas moralidades, fundadas em juízos morais incompatíveis entre si, que culminam em desacordos perenes e na impossibilidade de que as controvérsias daí oriundas sejam resolvidas por meio de argumentos seculares, racionais e lógicos.

Diante desse emaranhado de pontos de vista moral, muitas vezes, opostos, não se logrou, ainda, encontrar um consenso para lidar com temas relacionados à vida e à morte. O respeito ao pluralismo parece conduzir, cada vez mais, a desacordos morais inevitáveis e insolúveis que permeiam, entre muitas questões, também a bioética.

Não há, na sociedade²⁵¹, o compartilhamento de um conjunto comum de juízos morais estáveis e as políticas públicas dos diversos governos revelam profundos desacordos com relação à essência da bioética. Entretanto, a despeito da diversidade moral, há um interesse na elaboração e justificação de uma ética, bioética e assistência à saúde globais.²⁵²

Para Engelhardt, ainda, os estudiosos da bioética tendem a atribuir a diversidade de interpretações em relação à moralidade a escolhas particulares de assistência médica – como nos casos de aborto, eutanásia, engenharia genética, comercialização de órgãos – ou à natureza da moralidade – teológica, deontológica, fundada na virtude. Persiste, segundo ele, a expectativa de revelar, fora de uma perspectiva moral particular ou de uma ideologia ou religião particular, como os recursos devem ser distribuídos e como deve se dar a relação entre médicos e pacientes.²⁵³

As questões sobre as quais reflete a bioética são discutidas a partir de perspectivas morais particulares. Sob essa óptica, identificam-se argumentos contrários ao aborto e à eutanásia e argumentos favoráveis à licitude dessas práticas defendidos por estudiosos ou leigos que partem de premissas diversas sobre o que é o bem. Tal diversidade das premissas, oriundas de uma diversidade moral e cultural, transforma o diálogo em território inóspito.

A dificuldade de fundamentar uma moralidade comum parte, no pensamento de Tristram Engelhardt, da existência, no discurso, de *estranhos morais*. O conceito é utilizado

²⁵¹ Engelhardt contrasta as noções de comunidade e de sociedade. A primeira corresponderia a um “corpo de homens e mulheres unidos por tradições e/ou práticas morais comuns, ao redor de uma visão compartilhada da vida boa, que lhes permite colaborar como amigos morais”. A sociedade, por outro lado, designa uma associação que envolve os indivíduos que se encontram em comunidades morais diversas. ENGELHARDT JR., 2015, p. 32.

²⁵² ENGELHARDT JR., 2012, p.42.

²⁵³ ENGELHARDT JR., op. cit., p. 21-25.

por ele para definir pessoas que não compartilham premissas ou regras morais suficientes para resolver as controvérsias por meio de uma sadia argumentação racional, bem como aqueles que não têm um compromisso comum com os indivíduos ou instituições dotados de autoridade para resolvê-las. Diferentemente dos primeiros, os amigos morais compartilham uma moralidade essencial, de maneira que podem resolver as controvérsias por meio de um argumento moral sadio.²⁵⁴

A existência de estranhos morais é, no pensamento do autor, a base das discussões éticas no que concerne aos temas relacionados à vida, à morte e à assistência à saúde. Se os participantes de uma sociedade não se identificam em suas premissas morais, como é possível construir uma moralidade bioética que apresente respostas, aceitas por todos, sobre como os indivíduos devem agir? É nesse cenário de pluralidade de visões morais e crescente desafio das políticas públicas que se situa a bioética.

A bioética é, pois, um meio para pensar e resolver controvérsias em relação ao comportamento por formas outras que não o uso da força. Durante muito tempo, a resolução das controvérsias morais foi procurada em um ponto de vista moral aceito comumente. Contudo, conforme demonstrado, a esperança moderna de descobrir padrões morais comuns, por meio da razão, fracassou. Diante da impossibilidade de estabelecer, por meio de sadios argumentos racionais, um ponto de vista moral único e aceito por todos, então a autoridade secular geral à orientação moral somente pode ser alcançada, segundo Engelhardt, por meio de consenso. A autoridade moral secular é, pois, a do consentimento daqueles que decidem colaborar.²⁵⁵

Para o autor, toda escolha bioética traz em si compromissos morais particulares que não podem ser opostos a todos, ao menos não sem sacrifício das demais moralidades. Como os estranhos morais não compartilham uma visão moral que lhes permita descobrir as resoluções essenciais, utilizando premissas morais comumente aceitas, precisam resolver essas controvérsias por meio do acordo comum.

Assim, nas democracias, a menos que se tenha consentimento unânime, é preciso demonstrar até que ponto uma maioria é normativa e por quê. Um argumento racional que justifique uma interpretação particular, determinando até onde a autoridade moral da política pública pode ser obtida do acordo entre as pessoas envolvidas é imperioso para

²⁵⁴ ENGELHARDT JR., 2015, p. 32.

²⁵⁵ Ibidem, p. 104.

evitar a deslegitimação das políticas públicas, inclusive daquelas de assistência à saúde.²⁵⁶

Nas palavras do autor:

A autoridade moral em política secular de assistência à saúde vem da permissão e, mesmo nas circunstâncias de complexas realizações de colaboração, estará em sua raiz consensual ou contratual. As controvérsias morais em biomedicina são disputas de política pública que devem ser resolvidas pacificamente, pelo acordo em relação a procedimentos de criação de regras morais baseadas no princípio de que a força não pode ser usada contra os inocentes sem o seu consentimento.²⁵⁷

A autoridade moral secular, ainda que nascida do consentimento dos cidadãos estaria sujeita a limites, oriundos dos direitos naturais, entendidos pelo autor como aqueles que nunca se pode presumir que os indivíduos tenham tacitamente cedidos a uma organização social sem a ameaça de força. Tais direitos são, portanto, os limites do consentimento público.²⁵⁸

Para justificar uma posição moral e estabelecer uma conduta como moralmente obrigatória, o autor distingue a gênese de um ponto de vista moral, a justificação desse mesmo ponto de vista e a base para ser racionalmente motivado a agir moralmente. Esclarece, assim, que os pensamentos morais são formados a partir da força de influências sócio-históricas. Quando se tenta justificar costumes ou opiniões particulares como aqueles que os indivíduos deveriam reconhecer, faz-se uma tentativa de libertação de pontos de vista meramente aceitos. No pluralismo moral, espera-se uma interpretação do saber e do valor que justifique alguns critérios de interpretação e avaliação como melhores, ou seja, mais defensáveis.²⁵⁹

Em síntese, entende o autor que as pessoas fazem parte de comunidades morais particulares, as quais não compartilham entre si a mesma moralidade. Defende que, na democracia, nenhuma dessas moralidades pode ser imposta aos demais estranhos morais por meio da força e que a única forma de superá-la é reconhecer a existência de um direito natural mínimo e utilizar argumentos racionais e lógicos para a busca de um acordo, fundado em permissões, quanto às questões bioéticas postas.

D'Agostino critica a concepção defendida por Engelhardt de que, diante da dificuldade de diálogo entre os “estrangeiros morais”, que não compartilham da mesma

²⁵⁶ ENGELHARDT JR., 2015, p. 111-112.

²⁵⁷ Ibidem, p. 115.

²⁵⁸ Ibidem, p. 114-115.

²⁵⁹ Ibidem, p. 60.

linguagem ética e não conseguem se comunicar no plano dos valores, só resta aos homens pós-modernos uma espécie de direito natural mínimo e o acordo. Para D'Agostino, o acordo de que fala Engelhardt só é possível por meio do diálogo e esse só é possível entre pessoas que se reconheçam mutuamente como pessoas. O reconhecimento, pressuposto do diálogo, por sua vez, é empírico – reconhecimento que o indivíduo que se contrapõe a mim como outro é igual a mim –, ontológico – reconhecimento que o outro, como outro e não apenas como indivíduo empírico, é igual a mim – e axiológico – reconhecimento que o outro, como outro, vale tanto quanto eu.²⁶⁰

Afirma, assim, que mesmo para os que acreditam no *direito natural mínimo*, não existem e não podem existir *estrangeiros morais*. Segundo o autor,

[...] aqui o que está em discussão não é a legitimidade da existência de outras visões do mundo, nem a multiplicidade factual de profissões de fé (filosófica ou teológica) em outras axiologias, mas unicamente que essa multiplicidade possa ser realmente equivalente a um politeísmo ético e que possa induzir-nos a falar em estrangeiros morais. O *ser estrangeiro* é categoria empírica, talvez jurídica (mas apenas jurídico-positiva, não jurídica em si); certamente não pode constituir uma categoria antropológica, filosófica ou teológica: isso é justamente demonstrado pelo fato de que com *qualquer homem*, mesmo com um “estrangeiro”, é possível – por princípio – instaurar um diálogo e chegar a um acordo. Ninguém é tão estrangeiro aos olhos de um outro a ponto de tornar impensável, por princípio, a possibilidade de falar com ele. Nenhuma linguagem é, por princípio, absolutamente intraduzível. Nenhum valor ético – mesmo aquele que nos pareça o menos aceitável – é completamente incompreensível, ou seja, incomunicável.²⁶¹

Para o autor, é esse tipo de discurso que deve servir como ponto de partida para a bioética. Assim, o postulado fundamental de uma bioética apta a superar a crise pós-moderna é o princípio de que *não existem “estrangeiros morais”*. E tal postulado é, simultaneamente, teórico, porque implica a afirmação da igualdade de todos os homens; ético, porque implica a afirmação axiológica da fraternidade universal, e político, porque retira o debate ético do espaço exclusivo da consciência íntima, tornando-o objeto de confronto público. O postulado permite conjecturar a possibilidade de se construir uma epistemologia própria e adequada com base na bioética, com destinação de valor próprio e específico ao apelo aos direitos humanos.²⁶²

²⁶⁰ D'AGOSTINO, 2006, p.18.

²⁶¹ Ibidem, p. 20.

²⁶² Ibidem, p. 21.

Tal como os demais valores, os valores bioéticos são inobjetiváveis, porque eles não são, eles valem. Essa percepção conduz, frequentemente, a um desejo de materialização dos valores, que, na verdade, é uma forma de negação deles, já que não podem ser materializados. É por isso que postular um direito humano não se restringe a afirmar a existência de uma obrigação devida, mas sim manter aberta a questão sobre como essa obrigação deve ser compreendida e garantida para cada indivíduo.²⁶³

Embora exista, de fato, uma pluralidade moral na sociedade, tornando difíceis os consensos, sobretudo nas questões referentes à assistência à saúde e às aplicações da biotecnologia, há, também, um núcleo de valores comuns que não pode ser ignorado. Mesmo entre os participantes de comunidades morais distintas, há valores morais comuns, como o entendimento de que matar outra pessoa é errado, de que os pais devem educar os filhos, de que não se deve agir com violência, etc. Muitos desses valores comuns, aliás, integram as cartas internacionais de direitos humanos.

Ao tratar da pluralidade moral, no entanto, Engehardt parece identificar moralidade com religião, de modo que apenas os praticantes de uma religião poderiam compartilhar valores. Essa posição não encontra respaldo na prática. Os mesmos valores são, muitas vezes compartilhados entre pessoas de diferentes credos e, até mesmo, entre crentes e ateus. No Brasil, por exemplo, o dever de fidelidade no casamento é previsto na legislação e, portanto, compartilhado na sociedade também por aqueles que não seguem qualquer religião. Ademais, conceitualmente, moral e religião se distinguem, pois, a segunda encontra o fundamento na crença em um ser transcendente, divino, ao passo a primeira é constitutiva do ser humano, como animal social.

Não há como afastar a moralidade do ser humano, pois ela é um constitutivo característico da condição humana, como a racionalidade, a sociabilidade ou a linguagem²⁶⁴. Todas as comunidades compartilham condutas vistas como aceitas e

²⁶³ D'AGOSTINO, 2006, p.23.

²⁶⁴ Lembram Ferrer e Álvarez que a origem da moralidade pode ser encontrada na própria humanidade, como uma exigência intrínseca à constituição pessoal dos seres humanos. Elegem seis características que, para eles, explicam porque o ser humano é um animal moral e porque constrói sistemas morais: a insuficiência do instinto, a racionalidade, a autonomia, a responsabilidade, a índole comunitária e a vulnerabilidade. Primeiramente, salientam que o ser humano é menos instintivo que os outros animais e é o mamífero que nasce no maior estado de indigência, de carência de defesa e de dependência dos outros. Assim, sua evolução e sobrevivência dependem de um processo de aprendizagem e de socialização. Essa insuficiência do instinto para regular o comportamento estaria associada à necessidade de elaborar códigos de conduta. Chamam a atenção, ainda, para a racionalidade e para a adaptabilidade do ser humano a qualquer meio, graças à inteligência, que permite determinar quais comportamentos são bons e devem ser favorecidos e quais devem ser desestimulados e proibidos. Além disso, a inteligência propicia ao ser humano a capacidade de escolha dos seus atos e de previsão das consequências desses. Desse modo, ele é dotado de autonomia para escolher

louvadas, bem como outras repudiadas. Assim, embora exista um pluralismo de códigos morais, é necessário reconhecer que a experiência moral é universal.²⁶⁵

Para Ferrer e Álvarez, não é difícil encontrar uma certa unidade subjacente ao pluralismo dos conteúdos morais. Os autores exemplificam afirmando que, embora o cristianismo pregue a monogamia e o islamismo admita que um homem tenha mais de uma esposa, ambos compartilham de uma mesma ideia de que não se pode exercer a sexualidade legitimamente com qualquer pessoa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de acordo com os autores, consagrou o que de mais próximo poderia haver em todos os códigos morais envolvidos. Diversos países, apesar de cultivar valores distintos, subscreveram a declaração, reconhecendo uma gama de valores que são comuns a todos. De forma semelhante, o repúdio a condutas como aquelas praticadas no holocausto são, também, aceitas por titulares de códigos morais distintos.²⁶⁶

Para os autores, há, na maior parte das questões, um consenso moral fundamental na sociedade, restringindo-se a divergência à menor parte das questões submetidas a esse juízo. Apesar disso, porém, não se pode pretender reduzir a moralidade a um código ou sistema único, eis que o pluralismo moral, nas sociedades pluralistas e democráticas, é inevitável.²⁶⁷

Para Gert, Culver e Clouser, a crença de que não há acordo substancial em questões morais é devida à equivocada concentração nas controvérsias morais relacionadas ao aborto e à eutanásia, sem a percepção de que essas questões formam apenas uma pequena parte daquelas que demandam decisões e julgamentos morais. Esclarecem que a maioria das questões morais são tão incontroversas que as pessoas sequer percebem que estão tomando uma decisão moral. Os autores tratam a moral como um sistema público, pois dotada de duas características essenciais: as pessoas a quem ela se aplica a entendem e não é irracional para qualquer pessoa aceitar ser guiada e julgada por esse sistema.²⁶⁸

um projeto de vida e os meios para realizá-lo, sendo essa vontade um pressuposto da ética. A capacidade humana de escolher suas condutas, por sua vez, é pressuposto de uma premiação ou censura, pois, havendo liberdade, há, também, responsabilidade. Mesmo quando essa não alcança o plano jurídico, ela remanesce no plano moral, devendo o sujeito responder perante si mesmo e perante os demais pelas escolhas feitas. A gênese da moralidade está, também, na índole comunitária do ser humano, que é ser social e político e, como tal, solidário para o bem e para o mal, e na vulnerabilidade, eis que a comunidade humana está constituída por seres que necessitam da proteção da comunidade moral. Para salvaguardar a comunidade moral, são elaborados normas e códigos de conduta. FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p.35-45.

²⁶⁵ Ibidem, p.31.

²⁶⁶ Ibidem, p.32.

²⁶⁷ Ibidem, p.32-33.

²⁶⁸ GERT, Bernard; CULVER, Charles M.; CLOUSER, K. Danner. *Bioethics: a return to fundamentals*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 15-17.

Os dissensos presentes nas questões bioéticas originam-se das rápidas mudanças sociais oriundas das novas tecnologias. A velocidade e a profundidade das questões geradas acabam por criar discrepâncias entre as posições mais cautelosas e as mais vanguardistas. No entanto, mesmo as controvérsias instaladas não podem ser tratadas como insolúveis, pois o recurso a um núcleo de valores compartilhados sempre existirá. A ausência desse núcleo impediria a própria existência do direito, pois tornaria impossível a criação de normas universalmente aceitas.

Assim, mesmo diante da pluralidade moral e da diversidade cultural da sociedade pós-moderna, não se pode ignorar a existência de valores compartilhados e a possibilidade de se chegar a acordos que solucionem as questões postas no âmbito da bioética a partir desses valores. Pretender uma “neutralidade” moral e jurídica, sob o pretexto de tutelar a liberdade humana é, na verdade, uma tomada de posição, que privilegia a liberdade em detrimento de outros valores fundamentais como a justiça.

Teresa López afirma que essa neutralidade aproxima-se da indiferença e da falta de compromisso, aumentando as desigualdades e beneficiando quem está em posição de vantagem.²⁶⁹ Para ela, em um contexto cada vez mais plural e global, impõe-se uma mudança de perspectiva que recupere a base política das questões morais e o compromisso com as necessidades das pessoas. Os desacordos morais, inerentes às sociedades plurais submetidas a processos de globalização, não impedem a regulação das práticas mais controvertidas, eis que a existência de instituições democráticas permite que se estabeleçam, por meio do acordo, marcos universais de princípios e procedimentos. A Convenção de Oviedo e a Declaração Universal sobre Bioética são exemplos de documentos que demonstram que a diversidade moral e cultural não impede o acordo sobre as boas práticas clínicas de investigação científica.²⁷⁰

O pluralismo ético não pode, portanto, ser confundido com o relativismo. O primeiro é o exercício ético no qual se reconhece a existência de diferentes sistemas morais em conflito para resolver dilemas morais. O relativismo, por outro lado, é o entendimento de que todos os sistemas morais são igualmente válidos. O pluralismo ético, ao reconhecer a diversidade de sistemas morais, demanda a justificação dos distintos sistemas em jogo, quando se apresentar uma situação problemática, ao passo que, no relativismo, os sistemas morais não necessitam de justificação. Cada qual teria o direito, assim, de exercer seu

²⁶⁹ VIEJA, 2008, p. 65.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 68.

próprio sistema moral e não haveria conflito, pois as opiniões diversas devem ser respeitadas e exercidas de maneira simultânea. Esse relativismo, chamado por Álvarez de ingênuo, não se presta a resolver os problemas gerados pelo pluralismo.²⁷¹

Marlene Braz também chama a atenção para a diferenciação entre pluralismo moral e relativismo. De acordo com ela, possibilitar o pluralismo moral não é o mesmo que pregar uma tolerância universal, sob o argumento falacioso de que a cultura de cada um se justifica.²⁷² Adela Cortina compartilha de entendimento semelhante, defendendo que, apesar do direito à diferença, existe uma base moral comum à qual o momento histórico atual não estaria disposto a renunciar, que seria centrada na dignidade da pessoa humana. Ensina Cortina:

O ceticismo ou o relativismo, aparentemente tão aristocráticos e engenhosos, são na verdade insustentáveis na vida cotidiana, porque ninguém pode agir crendo realmente que não existam algumas opções que são preferíveis a outras, ou que a maldade do assassinato e da tortura dependem das diferentes culturas. O ceticismo e o relativismo, levados a extremos, são as típicas posições “de salão”, abstratas, construídas de costas para o real; em sua versão moderada, tentam uma maior aproximação com a realidade moral, mas não alcançam a altura mínima requerida – a do reconhecimento dos direitos humanos – que constitui um sonoro desmentido a toda pretensão cética e relativista séria.²⁷³

Desse modo, é cabível encontrar uma solução para as questões inerentes à aplicação dos novos conhecimentos médicos, ainda que haja, na sociedade, diversas moralidades que apresentem diferentes propostas. Tais soluções dependerão do diálogo entre as concepções distintas, a fim de encontrar uma base moral comum, sempre respeitando, no entanto, os direitos fundamentais reconhecidos e consagrados.

Ressalte-se que, no âmbito do Direito, deve-se partir dos princípios já consolidados no ordenamento jurídico, que se presumem constitutivos de uma base moral comum na sociedade, já que instituídos por meio de um processo democrático no qual todas as comunidades morais podem, por princípio, participar.

A ausência de consenso em relação a questões polêmicas não é uma novidade da sociedade pós-moderna. A diferença reside apenas em que, nessa sociedade, todas as opiniões conflitantes podem se manifestar e devem ser respeitadas. Assim, encontrar uma

²⁷¹ ÁLVAREZ, Mario Hernández. La Bioética y el Pluralismo Ético. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. n. 1, novembro de 2001, p. 74-85, p. 78-79.

²⁷² BRAZ, 2005, p. 47.

²⁷³ CORTINA, Adela. *Ética Mínima*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 44.

solução única não depende mais do uso da força e da imposição, mas parte, necessariamente, do diálogo, respeitando-se, como já explicitado, as bases consolidadas na legislação.

3.3 A potencial contribuição do direito positivo na fixação dos limites à autorregulamentação pelos médicos

Apresentou-se a ideia de que a pluralidade de perspectivas e posições morais na sociedade dificulta o estabelecimento de valores universalmente compartilhados que possam embasar uma bioética global. Como consequência da pluralidade de bioéticas existentes, não se tem obtido êxito em fixar parâmetros éticos comumente aceitos às novas práticas biomédicas.

A dificuldade, no entanto, não se restringe ao âmbito ético. No âmbito do direito, verifica-se a mesma ausência de consenso concernente a questões sobre as quais reflete a bioética e a dificuldade de criação de normas jurídicas a reger as condutas dos médicos nessa seara.

Pretende-se demonstrar que, apesar da ausência de consenso moral, é possível e necessária a intervenção jurídica. Caberá, então, ao legislador, por meio das normas já existentes e do diálogo entre as diversas comunidades morais, identificar bases morais comuns e, quanto às divergentes, estabelecer aquelas mais justificáveis e mais adequadas ao ordenamento jurídico, a fim de criar normas que, respeitando a diversidade existente na sociedade, resguarde os direitos fundamentais já consolidados.

Para explicar esse ponto de vista, é necessário, primeiramente, fazer uma breve passagem pela relação entre a ética, a moral e o Direito. A despeito das controvérsias terminológicas, entende-se por ética a filosofia moral, à qual cabe a reflexão sobre os problemas morais. Trata-se de um saber normativo, que parte da reflexão sobre as distintas morais e os modos de justificar racionalmente a vida moral, a fim de orientar as ações dos seres humanos.²⁷⁴ E por moral, um conjunto de princípios, normas e valores que cada geração transmite à seguinte, confiando tratar-se de um bom legado de orientações sobre o modo de comportar-se para levar uma vida boa e justa.²⁷⁵ Sendo a moral o conjunto de normas oriundo dos costumes de uma coletividade, é possível a existência de sistemas

²⁷⁴ CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Madrid: Akal, 2008, p. 9-20.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 9-20.

morais distintos, a ponto de entrarem em contradição e conflito não apenas entre sociedades distantes, mas na mesma sociedade globalizada e pós-moderna.²⁷⁶

Ensina Cortina que o problema da relação entre ética e direito é muito antigo, sendo uma das questões chaves da filosofia prática, de difícil esclarecimento. Para ela, é fácil reconhecer as semelhanças. Ambos necessitam dos mesmos conceitos para se expressar, como “princípios”, “normas”, “regras”, “valores” e “fins”. Ambos são importantes para a percepção do valor da liberdade. Ambos referem-se à virtude da justiça e necessitam, no mundo moderno, de alguma forma de justificação racional para que suas normas tenham força obrigatória. No entanto, questiona qual a relação entre eles.

De acordo com a autora, ao longo da história, ao menos quatro respostas foram dadas à pergunta: qual a relação entre ética e direito? Seria identificação, separação, complementação ou entrelaçamento? A *identificação* entre ética e direito foi defendida pelos jusnaturalistas, para os quais um dos traços para definir o que é direito seria a moralidade. A *separação*, por outro lado, defendida pelo positivismo jurídico extremo, aponta a ausência de conexão entre direito e moralidade.²⁷⁷ Ressalte-se que essa corrente entrou em crise após a Segunda Guerra Mundial, quando muitos filósofos atribuíram a proteção jurídica aos crimes praticados pelos nacionais socialistas à interpretação positivista da lei.²⁷⁸

Há, ainda, o entendimento da quase identificação entre direito e ética, mantido, por razões metodológicas, pelo direito anglo-saxão, que adota um método indutivo e empírico. Tal método vê estreita relação entre ambos, por considerar que a comunidade e sua moralidade formam as fundações culturais da lei, a qual representa a moralidade pública. Essa concepção, no entanto, apresenta dificuldades para justificar a obrigatoriedade da lei em sociedades moralmente pluralistas.²⁷⁹

Se a tese da identificação entre ética e direito é indefensável, a tese da separação entre eles, de acordo com Cortina, é pouco justificável. A vida cotidiana envolve fenômenos que são, ao mesmo tempo, legais e morais e torna-se necessário clarificar sua natureza, mas extremamente difícil perceber qual é o elemento legal e qual é o moral.

²⁷⁶ ÁLVAREZ, 2001, p. 75.

²⁷⁷ Hans Kelsen destaca-se entre os positivistas ao propor uma teoria pura do Direito, na qual busca a essência do Direito, desvinculada dos conteúdos social e moral. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

²⁷⁸ CORTINA, Adela. Legislation, law and ethics. *Ethical Theory and Moral Practice*, v.3, Issue 1, p. 3-7, março, 2000, p.4.

²⁷⁹ Loc. cit.

Esclarece que, em vários países europeus, o progresso técnico demanda uma intervenção do Direito para proteger seres vivos e a natureza, em razão de sua maior relevância ética.

Os fenômenos ético-jurídicos desacreditaram a tese da separação, sobretudo na esfera penal e nas questões como a objeção de consciência, o sigilo profissional ou os limites éticos à obediência a superiores. Além disso, novos fenômenos “híbridos”, como os comitês e códigos de ética, as convenções internacionais, as comissões de igualdades de direitos, as organizações internacionais também corroboram a impossibilidade de afastamento entre ambos.²⁸⁰

Por outro lado, compreender a lei como uma expressão da moralidade pública da comunidade, entendimento adotado pelo chamado moralismo legal, tem a desvantagem de tomar os costumes que uma comunidade específica compartilha como bons sem possibilidade de crítica. É, assim, necessário distinguir entre a “moralidade experimentada” de uma sociedade e a “moralidade pensada”, entre a “moralidade social” e a “moralidade crítica”.

Para a autora, a moralidade crítica deve possibilitar o pluralismo moral, ser intersubjetiva, discutível ou racionalmente justificada, e capaz de justificar a pretensão de penetrar em sistemas jurídicos. Tais características são encontradas na ética cívica das sociedades da União Européia. Trata-se de um tipo de ética que não pode ser reduzida a costumes e intuições da comunidade, mas deve ser fruto de um processo de aprendizado moral histórico passível de ser questionado.²⁸¹

Desse modo, não há uma identidade e tampouco uma separação estanque entre direito, ética e moral. Há normas jurídicas que refletem concepções morais compartilhadas em uma dada sociedade. Todavia, o direito não pode ser identificado com a moral. Enquanto é possível identificar, em uma mesma localidade, a presença de várias moralidades distintas, não é possível que existam leis diferentes regendo aqueles que não compartilham das mesmas posições morais. Há apenas um ordenamento a reger comunidades morais diversas.

Ademais, se no plano da moral, a adesão é autêntica, no do direito, essa adesão é obrigatória. Pode-se divergir do mandamento da norma, mas se deve agir em conformidade

²⁸⁰ CORTINA, 2000, p.5.

²⁸¹ Ibidem, p. 5-6.

com ela, porque as normas, após promulgadas e publicadas, valem, conforme salienta Miguel Reale, independentemente do querer dos obrigados.²⁸²

A unicidade da legislação dentro de um país exige que se identifiquem pontos de convergência entre as concepções discrepantes e que, quanto aos demais pontos, de divergência perene, se adote um procedimento democrático para a escolha dos valores que integrarão o ordenamento jurídico.

Bernard Seillier, reconhecendo que direito e moral não coincidem espontaneamente, ensina que o legislador atento deve buscar a lei capaz de assegurar a paz civil a curto prazo, a satisfação das expectativas dos cidadãos a médio prazo e a perenidade da sociedade a longo prazo. Essa busca pela boa legislação deve conciliar, tanto quanto possível, os critérios de uma ética adequada.²⁸³

Todavia, de acordo com o autor, a relação entre direito e moral, questão historicamente delicada, está, hoje, confusa. É comum o entendimento de que as questões morais podem ser inteiramente restringidas à esfera individual, sob a pretensão de uma possível amoralidade coletiva. De outro lado, a coincidência entre o direito e a moral parece ter se tornado improvável, eis que o legislador, diante do pensamento individualista dominante, não dispõe mais de critérios racionais objetivos sobre os quais pode fundar uma ética social satisfatória.²⁸⁴

No pensamento de Seillier, a liberdade, tendo se tornado um fim em si mesma, privou a sociedade da capacidade de articular ética social e ética individual. Assim, a ética estaria se transformando na solução padrão para justificar qualquer escolha em uma situação dada. Aparecem, pois, as éticas de situação, que são a negação da ética como ciência da moral em uma perspectiva universal e não particular.²⁸⁵

Essa situação é constatada no seio das questões inerentes à bioética. A “pluralidade de éticas” tratada como uma consequência da sociedade pluralista da contemporaneidade fundamentaria uma intervenção mínima e permissiva, a fim de que a autonomia e a liberdade individual pudessem guiar a ação de cada um. Como explicitado no tópico anterior, essa posição redundava no relativismo, que, por sua vez, não assegura a aplicação de qualquer ética.

²⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

²⁸³ SEILLIER, Bernard. Le législateur face aux questions de bioéthique. In: ISRAËL, Lucien; MÉMETEAU, Gérard (org.). *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Éditions Bassano, 1999, p. 181.

²⁸⁴ Ibidem, p. 181-182.

²⁸⁵ Ibidem, p. 182-183.

O problema afeta a seara jurídica. A propagada pluralidade é tomada como fundamento, até mesmo, para uma omissão legislativa intencional. Assim, a pretexto da dificuldade de entendimento consensual sobre o tema, adia-se a intervenção legislativa. Tal omissão, no entanto, permite a liberdade de ação, em tese, sem limites.

Ensina Roberta Dameno que o direito enfrenta dificuldade para tratar de questões radicalmente novas, para as quais a utilização dos conceitos tradicionais pode se revelar inadequada, e que essa dificuldade se agrava no âmbito das questões propostas pela evolução biomédica e biotecnológica. A ordem jurídica apresenta vastas lacunas nesse âmbito, impossibilitando a tutela dos direitos tratados pelo mesmo ordenamento como fundamentais e, mais grave ainda, as normas existentes, quando aplicadas às novas situações, produzem, segundo a autora, o efeito certamente não desejado pelo legislador, de impedir a tutela desses direitos.²⁸⁶ Além disso, o acentuado pluralismo característico das sociedades ocidentais, que permite a convivência de diversas orientações morais, torna árduo, senão impossível, individualizar um complexo de valores culturais ou uma ética compartilhada que represente um válido fundamento de princípios. O pluralismo cultural e a coexistência de diferentes orientações morais criaram, conforme explica, uma desorientação interpretativa e valorativa no campo da biotecnologia e da biomedicina, dificultando a individualização de juízos morais e orientações sociais válidos e universais, aptos a determinar quais aplicações técnico-científicas devem ser afastadas e quais devem ser promovidas.²⁸⁷

Para compreender a dificuldade de legislar sobre a matéria, a autora evoca a necessidade de se enfatizar que a seara do direito não se confunde com a da ética, tal como não se confunde com o da bioética. Esta, para ela, pode ser compreendida em duas acepções. Na primeira, como ramo da filosofia moral que trata da reflexão inerente aos problemas levantados pelas ações na área biomédica. Na segunda, como um ordenamento normativo, a oferecer instrumentos à regulação de comportamentos e de ações, elaborando os princípios fundamentais das normas jurídicas, sociais ou morais, no tocante à ação humana em face da revolução bioética e biotecnológica. Essa última acepção, centrada no dever de preencher o vazio do direito, elencando ditados éticos universalmente válidos, é refutada pela autora, porque atribui à bioética função normativa que não lhe pertence.²⁸⁸

²⁸⁶ DAMENO, Roberta. *Quali regole per la Bioetica? Scelte legislative e diritti fondamentali*. Milão: Guerini Studio, 2003, p. 14-15.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 15-16.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 16-17.

Para Dameno, nas sociedades contemporâneas, as diferentes posições éticas impedem o reconhecimento de uma ética e de uma bioética como fontes de normas gerais e coletivas. Conclui, assim, ser impossível, na sociedade pluralista, esperar da reflexão bioética a individualização de princípios compartilhados e traduzíveis em normas, porque somente onde se possa encontrar uma ética compartilhada – seja pela crença nos valores expressos por ela, seja pela atribuição a uma instituição o poder de determinar os valores a serem seguidos, seja ainda pela homogeneidade da comunidade que determina as regras com as quais todos consentem – é possível extrair dela princípios normativos de aplicação geral. Enquanto a reflexão bioética enfrentar dificuldade para fornecer valores universalmente aceitos, ela não pode orientar as ações humanas e, conseqüentemente, não pode constituir uma ética aplicada ou diretiva, apta a fornecer respostas de tipo normativo.²⁸⁹

Portanto, a relação entre bioética e direito não se pode resolver na compreensão da primeira como expressão dos valores e princípios e do segundo como destinatário e tradutor desses valores em normas jurídicas. O plano jurídico não se confunde com o ético, pois identificar quais comportamentos são bons e formular normas jurídicas que busquem regular e limitar tais comportamentos são ações distintas. Além disso, o direito pode ser formado por normas que não são eticamente fundadas.²⁹⁰

A dificuldade do legislador para regular as questões bioéticas parece residir, segundo a autora, na pretensão de transferir para as normas jurídicas valores éticos amplamente compartilhados, tarefa inalcançável. Dameno chama a atenção para o fato de que essa abstenção normativa não pode ser justificada, pois a ausência de regulação jurídica, além de dificultar a proteção dos direitos fundamentais, representa, na prática, um aliado de médicos e pesquisadores que preferem a omissão legislativa à possível imposição de entraves à liberdade de pesquisa e à atividade médica.²⁹¹

A falta de lei relega o tratamento dessas questões a normas do Conselho Federal de Medicina e a decisões concretas e individuais que não refletem as concepções majoritárias e tampouco são legitimadas por um processo democrático de escolha e implementação. A escolha entre as diferentes opiniões morais existentes é legítima, na opinião de Roberta Dameno, apenas se feita pelo órgão que representa ou que se entenda

²⁸⁹ DAMENO, 2003, p. 19-20.

²⁹⁰ Ibidem, p. 21.

²⁹¹ Ibidem, p. 22-25.

que represente, na sua composição, a pluralidade dessas opiniões presentes na sociedade.²⁹² Deixar a escolha a cargo do Judiciário também não atende aos princípios democráticos, pois há o risco de decisões incoerentes, fruto de interpretações divergentes, que tratem de forma diferentes a mesma situação.²⁹³

Portanto, diante do pluralismo moral existente na sociedade, com a consequente dificuldade de reconhecer imperativos morais amplamente compartilhados, propõe a autora a intervenção legislativa para ditar uma regulação que se baseie em opções morais compartilhadas pela maioria e que seja socialmente sustentada.

Casabona compartilha de entendimento semelhante, salientando a importância da intervenção legislativa para regular os problemas sobre os quais reflete a bioética. Para ele, a dialética entre ética e direito, no que se refere à sua projeção nas ciências biomédicas, deve aceitar algumas premissas irrenunciáveis. A primeira é que a reflexão e a busca por princípios normativos ou a imposição de limites não cabe de modo exclusivo aos pesquisadores das novas tecnologias ou aos profissionais que as aplicam. Haja vista seus efeitos, que atingem a sociedade, o debate sobre sua aplicação deve ser multi e interdisciplinar, abrangendo filósofos, juristas, eticistas, psicólogos, sociólogos, economistas, além de setores da população em geral. Essa participação permite, segundo o autor, considerar todos os aspectos envolvidos na questão, a partir das diversas perspectivas de pensamento.²⁹⁴ Em segundo lugar, afirma, ainda, a necessidade de se resguardar o pluralismo na discussão, pois, somente assim, é possível garantir a abrangência dos diversos interesses ou pontos de vista que se encontram enraizados na sociedade, possibilitando, por consequência, a fixação de princípios ou a adoção de acordos por meio da confluência plural, com maior aceitação social.²⁹⁵

Como terceira premissa, trata da importância dos comitês nacionais de Bioética, já existentes em diversos países, independentes dos poderes públicos, plurais, com amplas representações ideológicas e científicas e não coercitivos ou diretivos. Tais comitês fomentariam o debate e orientariam as instâncias públicas. Como quarta premissa, defende o autor a necessidade da busca pela uniformização de critérios, inclusive no âmbito supra e internacional, harmonizando as legislações correspondentes, a fim de se prevenir a burla à

²⁹² DAMENO, 2003, p. 25.

²⁹³ Ibidem, p. 27-28.

²⁹⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. O Direito Biomédico e a Bioética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org.). *Biotechnologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 33.

²⁹⁵ Loc. cit.

lei nacional com o recurso a outros países, carentes de regulação ou com normas mais permissivas.²⁹⁶ Finalmente, defende que a intervenção do Direito deve ser elástica, aberta a valores diferentes e dirigida aos problemas que necessitam de regulação jurídica e sobre os quais exista um mínimo acordo.²⁹⁷

Embora se reforce a necessidade de uma legislação específica a reger a reprodução assistida, é imperioso esclarecer que a ideia de um vazio jurídico sobre o tema é mito, como bem observa Mémeteau, pois a falta de legislação específica não gera uma escassez normativa.²⁹⁸ O ordenamento jurídico é composto por normas gerais aplicáveis à reprodução assistida, como aquelas que dispõem sobre os direitos fundamentais, sobre a responsabilidade civil, sobre os limites à disposição do próprio corpo ou de partes dele, entre outras. Desse modo, é possível extrair do ordenamento jurídico em vigor diretrizes normativas que se apliquem às novas tecnologias, não cabendo falar em um completo vazio.

Assim, sobretudo da Constituição da República Federativa do Brasil, constam ditames que representam um consenso ético mínimo compartilhado pela sociedade a ela vinculada. No Brasil, a noção de dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, a vedação à discriminação são algumas das disposições aplicáveis ao tema tratado. Ressalte-se que até mesmo a noção de pluralismo, prevista na Constituição de 1988, deve ser interpretada de forma sistemática, isto é, em conformidade com as demais disposições nela contidas. Há, pois, um conjunto de normas vigentes no ordenamento jurídico que não pode ser ignorado ao argumento de uma ausência de legislação específica.

No entanto, as novas práticas reprodutivas, tendo introduzido possibilidades antes sequer cogitadas, podem gerar diferentes interpretações se analisadas a partir das normas atualmente em vigor, criadas em um contexto diverso e para reger situações diversas. Há uma discrepância grande entre a realidade para a qual as normas atualmente vigentes foram pensadas e as novas formas de reprodução humana. Parece ser necessário, portanto, o tratamento específico das questões geradas pela reprodução assistida, a fim de que escolhas importantes sobre temas como a proteção do embrião gerado e conservado em ambiente extracorpóreo e a permissão de condutas seletivas não fiquem relegadas aos médicos ou,

²⁹⁶ CASABONA, 2005, p. 34.

²⁹⁷ Loc. cit.

²⁹⁸ MÉMETEAU, Gérard. Bioéthique et droit: mythe ou enrichissements? In: ISRAËL, Lucien, MÉMETEAU, Gérard. *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Bassano Éditions, 1999, p.98.

em casos extremos, a juízes, em detrimento de uma decisão pensada e dialogada por toda a sociedade.

A necessidade de regulação das técnicas de reprodução assistida foi defendida, já em 1981, poucos anos após o nascimento do primeiro bebê gerado por fertilização *in vitro*, pelo Conselho da Europa, por meio da Comissão da Assembléia Parlamentar, que aprovou um relatório sobre a reprodução assistida, no qual recomendava o tratamento legal do tema, afastando o princípio da omissão legislativa intencional.²⁹⁹

A primeira lei sobre a reprodução assistida foi elaborada na Suécia em 1984, a Lei nº 1140, de 20 de dezembro. Em 1990, o Reino Unido aprovou o *Human Fertilization and Embryology Act*, seguindo-se a elaboração, na Alemanha, da *Embryonenschutzgesetz*, Lei de Proteção dos embriões, no mesmo ano.

Em Portugal, de acordo com Rafael Luís Vale e Reis, a maioria das opiniões aponta para a necessidade de intervenção do legislador, sobretudo com o argumento de que, em uma área permeada por tantas questões éticas, a intervenção é importante para evitar o sentimento generalizado de impunidade, contrariando a ideia de que, diante da ausência de proibição, tudo é permitido.³⁰⁰

No Brasil, somente o Poder Legislativo pode fixar regras universalmente válidas para todos. A composição democrática dos órgãos legislativos e a natureza do processo legislativo legitimam as leis votadas e aprovadas conforme as disposições constitucionais respectivas. Nas casas que compõem o Congresso Nacional, a eleição dos deputados e senadores de forma democrática, na medida do possível, possibilita a representação das diversas comunidades morais existentes na sociedade.

Para Jeremy Waldron, o Poder Legislativo é estruturado de forma que os membros representam, ou pretendem representar, os mais sérios e substanciais desacordos existentes na sociedade sobre a forma como ela deve ser organizada. As decisões tomadas em meio a esses desacordos, mesmo que não alcancem o que seria uma conclusão final para as posições rivais, determinam que posição tem, por enquanto, o maior apoio entre seus membros.³⁰¹

Ademais, o procedimento para votação de um projeto de lei permite a participação dessas comunidades de forma representativa e, em alguns momentos, até mesmo direta, por meio de audiências públicas e referendos. Afirma Gabrielle Tatith Pereira:

²⁹⁹ REIS, 2008, p. 344.

³⁰⁰ Ibidem, p. 349.

³⁰¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 23.

Nesse contexto, o devido processo legislativo torna-se a principal fonte de legitimação da ordem jurídica. Pautado por um procedimento participativo e inclusivo, o caráter emancipatório da legislação assenta-se na racionalidade comunicativa a partir da qual se constrói a ideia de um devido processo legislativo.³⁰²

Portanto, a decisão política adotada na legislação deve ser o resultado de um processo democrático, que considere as posições divergentes, ainda que não encontre consenso.³⁰³ No âmbito da reprodução assistida, a aprovação de uma lei permitirá a oitiva das diversas concepções morais existentes na sociedade e um debate argumentativo racional, que permita buscar soluções para os conflitos democraticamente fundadas e amparadas nos princípios gerais existentes no ordenamento jurídico.

Cumprе salientar que, não apenas pelo caráter democrático do procedimento legislativo, mas também pela oportunidade de discussão sobre a constitucionalidade e coerência dos dispositivos propostos, sobretudo pela análise dos projetos na Comissão de Constituição e Justiça, é a lei o meio mais apropriado para a tomada de decisões sobre questões de ordem moral e de grande impacto social.

³⁰² PEREIRA, Gabrielle Tatith. *Pluralismo, democracia e direitos fundamentais: legislação, racionalidade emancipatória e soberania popular*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2014, p. 129.

³⁰³ *Ibidem*, p. 131.

4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

4.1 A técnica no Brasil

Apesar das questões éticas suscitadas pela reprodução assistida e da resistência de setores da sociedade em aceitá-la, a técnica foi estudada e passou a ser aplicada em número cada vez maior no Brasil. O nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro ocorreu em 1984, ano a partir do qual se verificou o crescimento progressivo das clínicas aptas à realização do procedimento.

No ano de 2008, a diretoria colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – editou a Resolução RDC nº 29, atualizada posteriormente pela RDC nº 23, de 2011, criando o SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões, cujos objetivos eram: conhecer o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização *in vitro* que estão criopreservados nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos – BCTGs; atualizar as informações sobre embriões doados para pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme determinação da Lei nº 11.105/2005 e do Decreto nº 5.591/2005, e divulgar informações relacionadas à produção de células e tecidos germinativos no Brasil, bem como indicadores de qualidade dos referidos bancos.

O conjunto de dados arrolados no 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, referente ao ano de 2014, revela a crescente utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, bem como o grande número de embriões que são manipulados e criopreservados nessas clínicas sem qualquer intervenção ou proteção específica do Direito.³⁰⁴

Extraí-se do documento que, até 20 de fevereiro de 2015, o SisEmbryo recebeu dados de 106 (cento e seis) Bancos de Células e Tecidos Germinativos, os quais permitiram a contagem total de 47.812 (quarenta e sete mil oitocentos e doze) embriões congelados³⁰⁵ e de 1.110 (mil cento e dez) embriões doados para a pesquisa com células tronco.

³⁰⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *SisEmbryo: 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. Relatório. Brasília, 2015.

³⁰⁵ Desses, 20.690 (vinte mil seiscientos e noventa) estão apenas nos bancos do estado de São Paulo.

Apresenta o referido relatório, ainda, o número de 27.871 (vinte e sete mil oitocentos e setenta e um) ciclos de fertilização³⁰⁶, com 257.006 (duzentos e cinquenta e sete mil e seis) oócitos produzidos, e o número total de 60.668 (sessenta mil seiscentos e sessenta e oito) transferências de embriões para pacientes em tratamento com as técnicas de fertilização *in vitro* no país. Também merece referência o número de embriões descartados por ausência de clivagem em 48 horas³⁰⁷, correspondente a 41.830 (quarenta e um mil oitocentos e trinta).

Os números demonstram a realidade da reprodução assistida no país. Mais de sessenta mil procedimentos de transferência de embriões para pacientes em tratamento revelam um número, no mínimo, quatro vezes maior de embriões gerados nas clínicas que aplicam a técnica. Muitos desses embriões são descartados, outros são implantados em condições inadequadas, outros são selecionados e outros ainda são criopreservados e permanecerão congelados por tempo indefinido. Todas essas situações permanecem sem uma regulação específica, tornando a reprodução assistida um âmbito de irrestrita liberdade.

O crescimento do número de clínicas que realizam a reprodução assistida no Brasil e, conseqüentemente, o aumento do número de procedimentos realizados justificam a necessidade urgente de regulação específica. Uma simples consulta ao *site* de pesquisas Google, digitando as palavras “clínica”, “reprodução” e “assistida” revela numerosos *sites* de estabelecimentos médicos que oferecem a técnica médica, muitos com enfoque claramente mercadológico.

A demanda e a situação de angústia dos casais que recorrem a essas clínicas médicas contribuem para a prática de condutas inadequadas e possivelmente contrárias a princípios vigentes no ordenamento. Estabelecer limites à conduta dos médicos de forma a preservar o direito dos pacientes envolvidos é uma necessidade que se revela a cada dia mais premente.

Além da necessidade de tratamento legal das práticas comumente aceitas pelos médicos e por grande parte da sociedade, essa disciplina legal é relevante também para coibir o emprego de práticas de natureza ética questionável, fundadas na justificativa da omissão legislativa.

³⁰⁶ Ciclo de fertilização *in vitro* são os procedimentos médicos a que a mulher é submetida para a produção e extração de oócitos destinados à fecundação. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2013.

³⁰⁷ A RDC nº 23/2011 estabelece que a ausência de clivagem (divisão) em período superior a 48 (quarenta e oito) horas enseja a consideração da inviabilidade do embrião, permitindo o descarte.

Durante a realização de pesquisa para elaboração de Tese de Doutorado em Ciências Sociais, apresentada à Unicamp em 2003, Martha Celia Ramírez-Gálvez participou, em maio de 2001, de uma reunião educativa realizada por uma clínica privada em São Paulo com casais interessados em fazer uso da reprodução medicamente assistida. O objetivo da reunião era fornecer informações sobre o processo e suas fases. No relato da pesquisadora, chama a atenção a fala do médico palestrante que, embora reconhecendo o limite do número máximo de embriões que podem ser implantados no útero da paciente, imposto pelo Conselho Federal de Medicina, afirmou ser recomendável implantar todos para assegurar o sucesso do procedimento, justificando sua opinião na ausência de lei sobre reprodução assistida no Brasil e na “flexibilidade” das resoluções do Conselho.³⁰⁸

A principal consequência da implantação de numerosos embriões no útero da paciente é a incidência de gestações múltiplas, comuns após o uso das técnicas de reprodução assistida. A frequência das gestações múltiplas, que incrementam o risco para a gestante e para os fetos, aumentando o número de abortos e de partos prematuros, ensejou a preocupação com o número de embriões que estavam sendo implantados pelos médicos nas pacientes. Como decorrência, o Conselho Federal de Medicina, nas resoluções que tratam do assunto, progressivamente reduziu o número máximo de embriões que podem ser implantados.

Contudo, ainda se verificam frequentes casos de gestações múltiplas no país. A maior incidência é de gêmeos, mas há casos de gestação três, quatro e até cinco fetos. Em 30 de janeiro de 2012, o Jornal Estado de Minas divulgou reportagem sobre uma gravidez de quádruplos, oriundos de fertilização *in vitro*.³⁰⁹ Em 14 de julho de 2015, o site de notícias G1 veiculou reportagem sobre o parto de quintuplos gerados por fertilização *in vitro* em Recife. Os bebês nasceram no sétimo mês de gestação e o parto foi acompanhado por 28 (vinte e oito profissionais).³¹⁰

O controle sobre o número de embriões implantados é apenas um dos vários procedimentos que demandam uma regulação específica para a proteção de todos os

³⁰⁸ RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Celia. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptionais: Fabricando a vida, fabricando o futuro*. Tese de doutorado. Universidade Estadual de Campinas. Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2003, p. 105.

³⁰⁹ JORNAL ESTADO DE MINAS. *Mulher dá à luz quadrigêmeos em Montes Claros*. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/30/interna_gerais,275143/mulher-da-a-luz-quadrigemeos-em-montes-claros.shtml>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

³¹⁰ G1 Pernambuco. *Aos sete meses, grávida de quintuplos dá à luz no Recife*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/07/aos-sete-meses-gravida-de-quintuplos-da-luz-no-recife.html>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

envolvidos. Além do risco de gestações múltiplas, é necessário um controle sobre os gametas utilizados para a fertilização *in vitro*, seja porque esses carregam o patrimônio genético do titular, seja para que não haja risco de troca de gametas ou de perdas, às vezes, irreversíveis.

É importante lembrar que os gametas permanecem preservados nos bancos por tempo indeterminado, muitas vezes, após a morte de titular e não há, ainda, qualquer determinação sobre o destino desse material. Ademais, questiona-se sua natureza jurídica e a possibilidade de transferência da titularidade aos herdeiros. A utilização dos gametas após a morte do titular é uma das práticas aceitas pelo Conselho Federal de Medicina, desde que haja autorização do falecido.

Casos de má conservação e de conseqüente perda dos gametas já foram noticiados. É possível encontrar, também, referência a situações mais graves como o uso de sêmen diverso daquele fornecido pelo cônjuge ou companheiro. O Jornal O Globo divulgou reportagem alertando para os riscos da ausência de previsão legal e de fiscalização das clínicas de reprodução assistida. Lembrou que são investigados, em São Paulo, três casos de crianças geradas com o óvulo da mãe e espermatozoides diversos daquele fornecido pelo pai. Ainda de acordo com a reportagem, o mercado da reprodução assistida alcança patamares próximos de R\$450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de reais) por ano.³¹¹

Outra prática cada vez mais utilizada e também de natureza ética questionável é a seleção embrionária. A técnica é precedida da realização do diagnóstico pré-implantacional que identifica algumas doenças genéticas das quais o embrião pode ser portador. Observada a presença do gene relacionado à doença, o embrião é descartado. Questões relacionadas à eugenia e à ofensa à dignidade da pessoa são frequentemente levantadas no que diz respeito ao referido procedimento. Não obstante, ele foi aceito por resolução do Conselho Federal de Medicina e é utilizado em muitas clínicas no país.

Em reportagem exibida no Jornal Nacional, na emissora de televisão TV Globo, em 13 de julho de 2015, o médico Ciro Martinhago relata que entre 30% e 40% das mulheres acima de 35 anos opta pela realização do diagnóstico pré-implantacional e pela seleção embrionária, para “excluir” embriões com alteração genética, e estima um aumento

³¹¹ O GLOBO. *Mais da metade das clínicas de reprodução está irregular*. São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mais-da-metade-das-clinicas-de-reproducao-esta-irregular-5694664>>. Acesso em: 31 de julho de 2015.

significativo na procura pelo procedimento, nos próximos anos, em razão, sobretudo, da redução dos custos desses testes.³¹²

Além das questões arroladas, a prática da maternidade de substituição, na qual o embrião é implantado no útero de uma terceira pessoa, alheia ao casal, é realizada sem que se tenha refletido e decidido sobre, por exemplo, o estabelecimento da filiação nessa hipótese. Por ora, os casais que optam por esse procedimento no Brasil precisam ajuizar uma ação para que constem como pais no registro civil da criança.

Outro problema inerente à cessão temporária de útero é o turismo para fins reprodutivos. O Jornal Valor Econômico disponibilizou, em 29 de julho de 2015, reportagem na qual informa a abertura de uma agência, em São Paulo, responsável por facilitar a contratação remunerada de “barriga de aluguel” em países que a admitem para estrangeiros, como o Nepal, o México e alguns estados dos Estados Unidos.³¹³ No Brasil, a remuneração pela cessão do útero é vedada e, por isso, o interesse pela utilização de serviços como o noticiado pode crescer no contexto de uma lacuna legislativa que se perpetua.

Os dados e informações citadas destinam-se apenas a ilustrar que a reprodução assistida é amplamente utilizada no país, sem critérios adequados à proteção dos direitos dos envolvidos e amparada em escolhas arbitrárias do Conselho Federal de Medicina, que podem não corresponder às concepções majoritárias na sociedade. Enquanto o Estado se omite na função legislativa, nas clínicas de reprodução assistida, embriões são gerados, criopreservados e descartados, sem que se questione sobre sua natureza jurídica e sobre as consequências legais de um tratamento “instrumentalizante” e “coisificado” do ser humano; gametas são coletados e armazenados, sem que estejam submetidos a tratamento legal adequado; mulheres cedem o útero em troca de remuneração e condutas de caráter eugênico são praticadas sem um debate público sobre sua necessidade, utilidade e eticidade.

Ressalte-se, ainda, que a prática da reprodução assistida, antes mesmo de discutida e regulamentada pelo direito, já é custeada pelo SUS em alguns hospitais brasileiros. O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de

³¹² JORNAL NACIONAL. *Médicos falam sobre reprodução assistida e seleção de embriões*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/07/medicos-falam-sobre-reproducao-assistida-e-selecao-de-embrioes.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

³¹³ VALOR ECONÔMICO. *Agência de barriga de aluguel abre escritório em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/cultura/blue-chip/4154436/agencia-de-barriga-de-aluguel-abre-escritorio-em-sao-paulo>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

2012, passou a destinar recursos financeiros no montante de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à reprodução humana assistida no âmbito do SUS. Na portaria, a destinação dos recursos foi justificada pela responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar, prevista no art. 226, parágrafo 7º, da Constituição da República, pelo reconhecimento de que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção cientificamente aceitos e pelo argumento de que as referidas técnicas contribuem para a diminuição da transmissão horizontal e vertical de doenças infectocontagiosas e genéticas.

Assim, o custeio pelo SUS das novas tecnologias reprodutivas revela ainda mais a urgência da necessidade de legislar sobre reprodução assistida no Brasil. Se há controvérsias morais e jurídicas sobre práticas que compõem a referida técnica, não há sequer um consenso quanto às práticas que podem ou não ser objeto de custeio. Ademais, também não há um debate sobre a prioridade dada a essa destinação de recursos em detrimento do tratamento de problemas médicos graves e realmente incapacitantes.

4.2 Regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina

No Brasil, como já reiterado, não há uma legislação específica que trate da reprodução assistida. Os únicos dispositivos que a abordam tangencialmente encontram-se no Código Civil, na disciplina da filiação havida por inseminação artificial, e na Lei de Biossegurança, que contém um único dispositivo prevendo a possibilidade de pesquisa com células tronco embrionárias.

Diante da falta de regulamentação e da utilização das técnicas no país, o Conselho Federal de Medicina editou resoluções, que criam códigos deontológicos, a fim de estabelecer normas éticas de cunho obrigatório entre os médicos.

A primeira norma a reger a conduta dos médicos no uso das técnicas de reprodução assistida foi a Resolução nº 1.358, editada em 11 de novembro de 1992.

A resolução tem início com a abordagem de princípios gerais, dispondo que as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar a solução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, e que devem ser usadas quando há probabilidade efetiva de sucesso, afastadas as hipóteses de risco grave para a saúde da

paciente ou do possível descendente. A idade máxima permitida para as candidatas à técnica era de 50 (cinquenta) anos.

Ainda entre os princípios gerais, previa a norma a obrigatoriedade do consentimento informado para todos os pacientes envolvidos, mediante esclarecimento das circunstâncias de aplicação da técnica, dos resultados obtidos naquela unidade de tratamento, bem como dos dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

No que concerne à possibilidade de seleção de embriões conforme o código genético, a resolução proibia sua ocorrência para a finalidade de escolher o sexo ou outra característica biológica do futuro filho, mas a autorizava para evitar a incidência de doenças ligadas ao sexo.

A norma vedava, no item 5, também a fecundação de oócitos humanos com finalidade diversa da procriação. Assim, não era permitido aos médicos gerar, por exemplo, embriões para fins de pesquisa com células tronco, embora fosse permitida a destinação de embriões excedentes para esse fim.

Estabelecia a norma o número máximo de quatro embriões para serem transferidos ao útero da paciente e proibia o uso da redução embrionária em caso de gravidez múltipla, procedimento por meio do qual, verificada a nidação de mais de um embrião, abortava-se os demais.

No que se refere à doação de gametas e embriões, dispunha a resolução, no capítulo IV, que a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial e previa o sigilo sobre a identidade dos doadores e receptores, estabelecendo, no entanto, a possibilidade excepcional de que fossem fornecidas informações exclusivamente para médicos, com o resguardo da identidade civil do doador. Para isso, previa a manutenção, pelas clínicas ou serviços que fazem uso da doação de gametas, de um registro permanente de dados clínicos de caráter geral, abrangendo uma amostra de material celular dos doadores.

Previo que, na região de localização da unidade, deveria ser evitada, por meio do registro das gestações, a ocorrência de duas gestações de sexos diferentes, oriundas de um mesmo doador, em uma área de um milhão de habitantes.

No capítulo V, a resolução dispunha sobre a criopreservação de gametas e embriões, permitindo sua conservação pelas clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida. Determinava que o número total de embriões produzidos em laboratório deveria ser comunicado aos pacientes, para que decidissem sobre quantos embriões seriam transferidos, a fim de que os demais fossem criopreservados. Neste último caso, os

pacientes deveriam expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

Na resolução, foi autorizado o uso da reprodução assistida para a prevenção e o tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, restringindo a possibilidade de intervenção sobre o embrião à finalidade de diagnosticar doenças hereditárias e aferir a viabilidade.

Também foi permitida a gestação de substituição ou doação temporária de útero, dispondo apenas que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco de até o segundo grau, e que a doação não poderia ter caráter lucrativo.

Em 2010, a Resolução nº 1.957/2010 apresentou inovações, tais como a recomendação de que fossem implantados embriões em número menor no útero das pacientes. Com o escopo de evitar gestações múltiplas, comuns no uso das técnicas de reprodução assistida, a resolução limitava a quatro o número de embriões que podem ser transferidos à receptora, recomendando que, em mulheres com até 35 anos, fossem transferidos apenas dois, vedando, também, o procedimento de redução embrionária e prevendo a redução do número de gestações de sexos diferentes, então, reduzido a uma em uma área de um milhão de habitantes.

A norma dispôs que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do falecido no que se refere ao uso do material biológico criopreservado.

Recentemente, no entanto, no ano de 2013, o Conselho Federal de Medicina exarou uma nova resolução, nº 2013/2013, que substituiu a antiga, apresentando inovações.

A nova resolução do Conselho Federal de Medicina estabeleceu um acesso amplo às técnicas de reprodução assistida, facultando aos médicos utilizá-las para favorecer casais heterossexuais e homoafetivos, bem como pessoas solteiras.

Dispôs, ainda, sobre os requisitos mínimos das clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida, estabelecendo a responsabilidade delas pelos materiais biológicos que manipulam. Entre tais requisitos, preveem que seja mantido um registro permanente, cujo acesso é permitido ao Conselho Federal de Medicina, para fins de fiscalização, das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, dos procedimentos laboratoriais utilizados na manipulação de gametas e embriões e das

provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes, quando se tem a finalidade de evitar a transmissão de doenças.

Também estabeleceu idade limite para a doação – 35 anos para a mulher e 50 para o homem – e limite de gestações advindas do mesmo doador – um doador pode produzir apenas duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.

A resolução admitiu, além da doação voluntária de gametas, a doação compartilhada de oócitos, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento, casos em que a doadora terá preferência sobre o material biológico produzido.

A normatização do Conselho Federal de Medicina previu o descarte dos embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos, caso seja a vontade dos pacientes. Previu, ainda, a possibilidade de os embriões serem submetidos a diagnóstico genético pré-implantatório, para a detecção de alterações genéticas causadoras de doenças, e a possibilidade de tipagem do sistema HLA³¹⁴ do embrião para a seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho do casal já afetado por doença que possa ser tratada com o transplante de células-tronco ou de órgãos.

Foi admitida na norma a prática da gestação de substituição, sem caráter lucrativo ou comercial, quando a doadora genética fosse portadora de problema médico que impeça ou contraindique a gestação, bem como para os casais homoafetivos. Na cessão temporária de útero, as doadoras devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau, em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

Do prontuário dos pacientes, nos casos de cessão temporária de útero, deveriam constar, além do termo de consentimento informado dos pacientes e da doadora: relatório médico com o perfil psicológico atestando adequação clínica e emocional da doadora, a descrição pelo médico assistente, dos aspectos médicos da aplicação da técnica, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico e os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz),

³¹⁴ Antígenos de histocompatibilidade são determinantes antigênicos presentes na superfície das células que permitem o reconhecimento. Assim, tecidos e órgãos estranhos somente são aceitos se tiverem antígenos compatíveis com os do paciente que os receberá. Tais antígenos são codificados, dentro dos cromossomos, pelo Complexo de Histocompatibilidade (MHC) e, por terem sido descobertos em leucócitos de sangue periférico, receberam o nome de Human Leucocyte e, após, antígenos HLA. WALDRIGUES, Christine Pietraróia Nogueira. O Sistema HLA. *Semina*, v. 8, n. 2, 1981, p. 219-225.

estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, os riscos inerentes à maternidade, a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente, a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doar temporariamente o útero, até o puerpério, a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deveria apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Finalmente, permitia a reprodução assistida *post mortem* se houver autorização prévia e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

Em 24 de setembro de 2015, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 2.121/2015, novamente modificando algumas normas aplicáveis à reprodução assistida. Na exposição de motivos, a nova resolução é justificada pela ausência de legislação específica tratando do assunto, a despeito dos vários projetos de lei que tramitam no Congresso, e pela atuação do Conselho Federal de medicina na defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Em essência, foram mantidos os termos da resolução nº 2.013/2.013, com modificações relevantes apenas no que concerne à possibilidade excepcional de uso da técnica de fertilização *in vitro* por mulheres com mais de cinquenta anos, a ser aferida pelo médico responsável e, após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos e à possibilidade da gestação compartilhada em união homoafetiva feminina na qual não exista infertilidade.

Com a nova regra, portanto, os médicos poderão, embasados nas diretrizes éticas do Conselho Federal de Medicina, gerar um embrião a partir do óvulo de uma das mulheres de um casal homoafetivo e de sêmen de um doador e implantá-lo no útero da outra mulher integrante do casal.

Ressalte-se que outra alteração da nova resolução diz respeito ao destino dos embriões que, após diagnóstico pré-implantacional, forem diagnosticados com alterações genéticas causadoras de doenças. De acordo com o item 1 do capítulo VI da norma, tais embriões podem ser doados para a pesquisa ou descartados. A resolução, assim, faculta aos pais e ao médico a possibilidade de descarte dos embriões portadores de doenças genéticas diagnosticadas.

4.3 Preencher lacunas

Salienta Maria Helena Damasceno e Silva Megale que a legislação é sempre lacunosa, seja porque o sistema sempre será carente se comparado ao sistema ideal, seja porque precisa do intérprete para lhe dar sentido. Além disso, em virtude da imprevisibilidade de futuro, a legislação nem sempre é suficiente para abranger todas as condutas humanas.

Cita a autora a doutrina do espaço vazio, surgida a partir da preocupação de juristas com possíveis rupturas à observância do princípio da legalidade ensejadas por movimentos que se opunham aos dogmas da suficiência normativa dos códigos e da onipotência do legislador. Para tal teoria, se há ordenamento jurídico, não pode haver lacunas, pois, ou ele regula a conduta humana, considerando-a relevante para o Direito, ou não a regula, sendo-lhe indiferente. As atividades humanas não reguladas pelo ordenamento jurídico compõem o espaço vazio, no qual haveria liberdade plena.³¹⁵

A teoria do espaço jurídico pleno, por sua vez, estabelece que não há lacunas porque toda norma particular tem implícita uma norma geral exclusiva, estabelecendo consequência inversa para os casos que ela não prevê. Assim, o que não é proibido pelo Direito, é, conseqüentemente, permitido.³¹⁶

Esclarece a autora, no entanto, que a doutrina dominante reconhece a impossibilidade de previsão pelo legislador de todas as situações verificáveis na vida prática, havendo, pois, lacunas no ordenamento jurídico. Visto que toda palavra depende de compreensão, enfatiza que a existência de lacunas é inevitável. É o intérprete que dá sentido à palavra e, no âmbito da interpretação normativa, tal sentido está vinculado ao caso concreto.³¹⁷

A existência de situações não previstas pela legislação é uma decorrência da complexidade da vida e da acelerada evolução social. Nas hipóteses de omissão da lei, prevê o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que o juiz deve decidir em conformidade com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Contudo, com o desenvolvimento biotecnologias, o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito não têm sido suficientes para tratar adequadamente das novas questões,

³¹⁵ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. As lacunas da legislação: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 96, p. 219-262, 2007, p. 225-226.

³¹⁶ Ibidem, p. 226.

³¹⁷ Ibidem, p. 255.

sobretudo em razão do ineditismo da matéria e da natureza dos direitos envolvidos, fazendo-se necessárias disposições específicas.

Vê-se que a reprodução assistida já é uma realidade no Brasil e que suas técnicas são aplicadas cotidianamente nos laboratórios e clínicas de reprodução humana, a despeito dos questionamentos e embates éticos por ela suscitados. Demonstrou-se a existência de um amplo debate sobre as referidas técnicas, o qual, todavia não permitiu um consenso ético sobre os problemas que elas geram. Até o momento, a despeito do esforço dos estudiosos, não se obteve êxito em encontrar e justificar uma bioética global, que estabelecesse padrões éticos compartilhados aplicáveis ao tratamento da vida humana no seio da tecnociência, dificultando a definição de normas gerais.

No Brasil, apesar dos já transcorridos vinte anos desde o nascimento do primeiro bebê de proveta no país, inexistente um tratamento legal específico da reprodução assistida. Ainda mais grave é o restrito e escasso debate sobre o tema em uma perspectiva pré-legislativa. A despeito das reflexões feitas em trabalhos jurídicos, sobretudo de origem acadêmica, não há um movimento legislativo no sentido de desenvolver e propor uma discussão na sociedade sobre um projeto de lei que cuide especificamente do tema.

Ressalte-se que as condutas médicas praticadas no emprego da técnica são reguladas pelo ordenamento jurídico, por exemplo, por meio de normas que asseguram a inviolabilidade do direito à vida, os direitos do nascituro e a liberdade de procriar. No entanto, a ausência de normas específicas, que disciplinem, de forma clara, os limites ao emprego da técnica abre margem à interpretação da existência de uma liberdade de atuação ilimitada, que tem corroborado práticas ofensivas a direitos fundamentais consagrados.

Enquanto o legislador queda-se inerte, as clínicas de reprodução assistida tornam-se espaço livre para condutas que ofendem a ética e direitos consagrados como fundamentais. A pluralidade de concepções morais, como já explicitado, não tem o condão de afastar a proteção aos direitos reconhecidos como fundamentais no ordenamento jurídico e, para tutelá-los, cada vez mais é salientada a necessidade de uma legislação específica, não apenas para estabelecer limites e responsabilidades, mas também para fixar sanções.

Lembra Cosimo Marco Mazzoni que a história legislativa no campo da bioética é muito recente. No início, alguns países imediatamente adotaram leis disciplinando as novas biotecnologias, entre os quais há os que dispuseram sobre hipóteses concretas, os que criaram códigos legais que antecipam futuros desenvolvimentos e até mesmo os que,

temendo a evolução das novas tecnologias, estabeleceram diplomas normativos baseados em proibições. Outros países, contudo, aguardaram as orientações das organizações internacionais e outros, ainda, não produziram lei alguma.³¹⁸

Para o autor, o fato de a Itália não ter, até 2004³¹⁹, aprovado uma legislação sobre reprodução assistida deve-se à circunstância de que o debate filosófico, jurídico, sociológico e médico sobre essas questões tornou-se progressivamente áspero, com posições radicais e polarizadas. Os argumentos apresentados, frequentemente superficiais e pobres, culminaram em um debate científico repetitivo e em uma discussão estéril, intolerante e firmada em princípios que cada lado vê como um dogma.³²⁰

O que explicaria, em parte, a divergência e as razões pelas quais as posições se tornaram tão radicais, seria a divisão do debate em duas correntes que interagem com desconfiança, antagonismo e suspeita: os seculares, de um lado, e os religiosos, de outro. Ambas eram acusadas de parcialidade e, como consequência, nenhum dos projetos de lei apresentados conseguia ser aprovado ou superar os vetos dos defensores da corrente oposta.³²¹

O vazio legislativo existente na Itália até 2004, relata o autor, gerou um efeito secundário importante. Os códigos de ética elaborados pela ordem dos médicos e as declarações de princípios contidas em documentos emanados pelos Comitês de Ética receberam a mesma conotação da lei, embora tenham sido elaborados por órgãos que não são parte das instituições legislativas. Tais normas, sendo apenas recomendações de natureza ética, não poderiam assumir o significado e as funções de uma regulação legislativa. Além disso, a omissão legislativa colocou a Itália na posição de um país aberto, terreno de um mercado bioético livre, situação que contrastava com a dos países vizinhos, alguns dos quais estabeleciam leis bastante restritivas.³²²

No Brasil, a situação é semelhante. Além de um debate restrito e permeado por argumentos falaciosos, que não refletem a realidade das práticas médicas nos laboratórios de reprodução assistida, os médicos, filósofos e juristas tendem a, equivocadamente, fragmentar o debate em duas correntes: liberais, favoráveis ao desenvolvimento científico,

³¹⁸ MAZZONI, Cosimo Marco. Bioethics Needs Legal Regulation. In: MAZZONI, Cosimo Marco (org.). *A legal framework for Bioethics*. Kluwer Law International. Cambridge, USA: 1998, p. 4.

³¹⁹ A Itália aprovou, em 2004, a Lei nº 40/2004, que disciplina a reprodução assistida. O texto produzido pro Mazzoni, embora seja anterior à referida lei, foi usado, propositadamente, neste trabalho pois escrito em uma situação muito semelhante à vivenciada no Brasil hoje.

³²⁰ MAZZONI, op. cit., p. 5.

³²¹ Ibidem, p. 5-6.

³²² Ibidem, p. 6.

e conservadores, muitas vezes identificados com aqueles que fundamentam suas posições em convicções religiosas. A fragmentação do debate em posições extremas e estanques, tal como ocorreu na Itália, ao invés de contribuir para que se encontre uma base moral comum, acaba por reforçar uma ideia de dissenso, dificultando o diálogo.

Na seara jurídica, o debate acadêmico é restrito e, pela falta da legislação, não desperta o devido interesse. Com isso, o diálogo nos planos filosófico, ético, teológico e médico permanece na esfera teórica e acadêmica, alheio a qualquer iniciativa de lei. A reflexão sobre as questões da bioética e, em especial, sobre os problemas que envolvem a reprodução assistida está presente no Brasil, mas não na profundidade e escala que um tema de tal relevância exige. As discussões tomam corpo, com frequência, nos embates entre médicos e teólogos, com enfoques restritos e insuficientes para fundamentar uma legislação sobre o tema.

A superficialidade e a fragmentação do debate dificultam uma análise jurídica das questões postas, visto que os pontos de vista conflitantes aproximam-se de dogmas, insuscetíveis de flexibilização. Ademais, a restrição, falaciosamente propagada, de argumentos centrados na proteção à vida e ao ser humano a manifestações de convicções religiosas contribui para que tais argumentos sejam vistos de forma negativa no meio acadêmico, como um entrave de cunho religioso à evolução científica. Essa perspectiva restritiva ignora o caráter ético e jurídico da defesa do ser humano e da vida. Em meio à falta de diálogo, há, claro, extrema dificuldade para encontrar um ponto de vista comum, a legitimar uma legislação sobre o tema.

A reprodução assistida no país encontra-se, pois, na seguinte situação: não é regida por lei específica e suas práticas são permitidas e limitadas apenas por normas do Conselho Federal de Medicina, baseadas em decisões de natureza ética que, conforme explicitado, não encontram consenso. Assim, no momento, as únicas normas que regulamentam tal técnica são oriundas de uma concepção moral compartilhada por um grupo de médicos. Propõe-se, então, um novo questionamento: essa regulação, que incide sobre aspectos importantes, como a geração da vida, a titularidade de direitos, o patrimônio genético e a descendência familiar é suficiente para atender aos ditames de um estado democrático de Direito?

A autorregulamentação da prática por aqueles que detêm o domínio técnico sobre ela é, como também demonstrado, insuficiente, pois não se pode extrair da ciência uma ética própria. Ademais, haja vista a ausência de consenso na seara da bioética, é necessário

tomar decisões a respeito das questões pertinentes à reprodução assistida da forma democrática prevista na Constituição da República: por meio de lei.

A criação de um projeto de lei, mediante a realização de audiências públicas e oitiva dos diferentes setores da sociedade, que representem diferentes concepções morais, é o meio adequado para que se defina quais são ou até mesmo a impossibilidade de se estabelecerem limites à prática médica no âmbito da reprodução humana. O diálogo entre conservadores e liberais, o acesso à informação por toda a sociedade e o debate aberto é imprescindível para que se alcance uma posição ponderada sobre o tema.

Da mesma forma como a situação se apresenta no Brasil, na França, conforme lembra Christine Boutin, os projetos de lei sobre questões bioéticas foram postos em discussão porque havia um conjunto de práticas em andamento nos hospitais e a opinião pública estava apreensiva sobre os problemas que certas práticas médicas poderiam gerar. De acordo com a autora, os médicos e suas equipes eram, então, os juízes do que deveria ou não ser feito nessa seara para atender à demanda da opinião pública.³²³

No Brasil, foram apresentados os projetos de lei nº 2.855/97, 90/99, 4.664/2001, 6.296/2002, 1.135/2003, 2.061/2003, 1.184/2003, 4889/2005, 5.624/2005, 4.892/2012 e 115/2015, nenhum dos quais foi, de fato, colocado em discussão e submetido a votação.

A necessidade de uma lei que disponha sobre as técnicas de reprodução assistida, estabelecendo normas de conduta aos médicos nas clínicas que as utilizam e resguardando os direitos dos genitores e do embrião é imperiosa. A possibilidade de intervenção sobre a vida humana embrionária e a manipulação do processo de fecundação não podem permanecer sem uma previsão legal.

Independente das questões afetas à personalidade jurídica do embrião, que serão tratadas em momento oportuno, a geração de milhares de seres humanos em laboratório é fenômeno que não pode escapar ao direito. A necessidade de que as condutas médicas se pautem pelo resguardo à integridade desses embriões e dos pacientes submetidos aos procedimentos que a técnica demanda é de relevância indiscutível e deve, com urgência, ser atendida por legislação específica, a fim de que as decisões que envolvam as citadas vidas não permaneçam, indefinidamente, ao alvedrio de médicos e, nos casos que gerarem alguma repercussão, de juízes.

³²³ BOUTIN, Christine. Bioéthique et pensée unique. In: ISRAËL, Lucien, MÉMETAU, Gérard. *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Éditions Bassano, 1999, p.11-12.

É justamente na fase pré-legislativa em que se encontra o tema, que a discussão de ideias deve ser fomentada e aprofundada, a fim de que se possam criar dispositivos legais que respeitem o ordenamento jurídico e possibilitem a evolução das tecnologias.

A dificuldade enfrentada para legislar sobre questões atinentes às novas biotecnologias não é maior do que aquela vivenciada em outras esferas de expressivo conteúdo moral, como o direito de família, por exemplo. A aprovação, no Brasil, da Lei nº 6.515, em 1977, que instituiu a possibilidade de dissolução do casamento, bem como o reconhecimento da união estável como entidade familiar na Constituição de 1988 também ensejaram debates e revelaram uma ausência de consenso. Não obstante, as referidas questões foram objeto de tratamento legal.

Portanto, é preciso legislar sobre reprodução assistida. Mas como fazê-lo? Este trabalho tem como finalidade orientar o legislador sobre as premissas jurídicas que podem ser extraídas da constituição e da legislação infraconstitucional em vigor para embasarem uma futura lei sobre o assunto.

TÍTULO II: PREMISSAS PARA UMA LEGISLAÇÃO SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Na primeira parte deste trabalho, foram examinados os aspectos médicos, as questões éticas e jurídicas suscitadas pela reprodução assistida e a ausência de uma disciplina legislativa específica no Brasil. Introduzido o tema das novas tecnologias reprodutivas e justificada a necessidade de uma lei que as regulem, pretende-se, nesta segunda parte, elencar e elucidar algumas premissas consideradas relevantes a seu adequado tratamento legislativo.

Embora possível identificar, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas normas a serem observadas na busca por um tratamento legislado da reprodução assistida, emergiram, como premissas a serem desenvolvidas neste capítulo, três orientações principiológicas ao legislador na elaboração das normas específicas.

1. GERAR UM FILHO: UM DIREITO?

1.1 Direitos reprodutivos e o direito de procriar

A reprodução assistida foi assimilada socialmente sem questionamento amplo sobre sua licitude e alcance. Parte dos problemas de aceitação enfrentados pela técnica restringia-se ao uso de gametas de um doador, à manipulação do embrião humano e ao estabelecimento da filiação. Além de amplamente aceito o emprego da técnica, também tem sido acolhida, sem muita reflexão, a ideia de que gerar um filho é um direito do indivíduo, a quem cabe fazer uso de quaisquer meios necessários à sua satisfação.

Em meio a questões incômodas da reprodução assistida sobressai a pergunta a quem concerne, se existe, o direito de ter um filho. Isso porque o direito ao planejamento familiar é historicamente associado à outra face da fertilidade feminina, ao “direito” de não ter filhos. Todavia, é possível, realmente, falar em um direito de ter um filho?

A possibilidade de controle da reprodução e de sua desvinculação do ato sexual é muito recente. Durante séculos, a mulher esteve atrelada à função reprodutiva, tendo como papel social mais relevante a maternidade. Até meados do século XX, técnicas de

anticoncepção eram praticadas de forma clandestina e seu uso era feito primordialmente por prostitutas. Por outro lado, a concepção em si, fruto tão-somente da relação sexual, era inacessível ao ser humano, ocorrendo ou não apenas como obra da natureza.

A emancipação das mulheres quanto ao papel reprodutivo foi uma decorrência das novas demandas femininas de participação ativa na sociedade, com acesso ao ensino e poder de decisão sobre a própria vida. As reivindicações femininas de acesso à educação e ao voto introduziram as demandas de controle da sexualidade e da geração de filhos, fazendo surgir, então, as noções de direito ou liberdade reprodutiva.³²⁴

No plano fático, é preciso ressaltar que o desenvolvimento dos contraceptivos impulsionou a ânsia feminina por controle da fecundidade, possibilitando às mulheres aspirar a algo além da maternidade. No plano jurídico, o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, preconizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembleia Geral da ONU em 1948, foi um passo importante para que a mulher se tornasse senhora da própria sexualidade. A noção de liberdade reprodutiva representou, assim, a tomada de poder da mulher sobre o próprio corpo e a desvinculação de papéis sociais rigidamente delineados e que, nem sempre, correspondiam aos seus anseios.

A luta pelos direitos reprodutivos assumiu, primeiramente, contornos de uma liberdade de não procriar. Nas décadas de 1960 e 1970, o acesso aos contraceptivos e o pleito de descriminalização do aborto foram as bandeiras levantadas pelo movimento feminista. Embora se discutissem também as esterilizações compulsórias, era o direito de não procriar que movia os interesses femininos. A motivação para a defesa dos direitos reprodutivos nasceu, portanto, da ânsia por liberdade para decidir se e quando gerar um filho. A compreensão de tal direito chegou a fundamentar a legalização do aborto em diversos países, cuja licitude estaria fundada no direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo e a própria fecundidade.

Nas décadas de 1980 e 1990, de acordo com Sônia Corrêa, a ideia de saúde reprodutiva, fomentada no seio dos movimentos feministas, passou a ser abordada no âmbito das instituições vinculadas ao Sistema Internacional de Planificação Familiar, da Organização Mundial de Saúde, instaurando-se um diálogo que conduziu ao consenso a

³²⁴ ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e Cidadania Reprodutiva. *Revista Estudos Feministas*, v. 1, n. 2, p. 382-393, 1993.

que se chegou na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, em 1994.³²⁵

Embora o termo “direitos reprodutivos” tenha sido proposto no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, na Holanda, em 1984, o marco mais importante para o reconhecimento e a tutela desses direitos foi a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, no Egito, em 1994. Afirmou-se, na ocasião, que o progresso na igualdade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação da violência contra ela e a garantia de controle da própria fecundidade seriam fundamentos de programas relacionados com população e desenvolvimento.³²⁶ Registrou-se, ainda, que todo casal e indivíduo tem o direito de decidir responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos.

Em que pese o enfoque que impulsionou o reconhecimento da liberdade reprodutiva, a institucionalização do debate introduziu outras vertentes essenciais ao que entendido como direitos reprodutivos. O dever do Estado de proporcionar educação sexual e de fornecer serviços de saúde às gestantes foi inserido no seio de tais direitos, restando consagrado no relatório da Conferência o direito de acesso aos serviços da assistência médica, incluído entre esses os relacionados à saúde reprodutiva, ao planejamento familiar e à saúde sexual.³²⁷

O relatório da Convenção realizada no Cairo dispôs como objetivo dos países presentes auxiliar casais e indivíduos a alcançarem seus fins reprodutivos com adequada infraestrutura de saúde e também remover desnecessários obstáculos legais, médicos, clínicos e regulamentares ao acesso a serviços e métodos de planejamento familiar.

A temática dos direitos reprodutivos foi, novamente, abordada na IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995. Na ocasião, lavrou-se uma Declaração e Plataforma de ação da qual constou o conceito de saúde reprodutiva como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos

³²⁵ CORRÊA, Sônia. “Saúde Reprodutiva”, Gênero e Sexualidade: legitimação e novas interrogações. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker. *Questões de Saúde Reprodutiva*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999, p. 40.

³²⁶ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Relatório. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

³²⁷ *Ibidem*.

relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos, e não a mera ausência de enfermidade ou doença”.³²⁸

Além de abranger a possibilidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e segura, o conceito de saúde reprodutiva abrange também a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não e com que frequência, bem como o direito de acesso a métodos escolhidos ao planejamento familiar e à regulação da fertilidade. Prevê, assim, que os direitos de reprodução têm por base o reconhecimento do direito fundamental de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos, o momento de tê-los e o intervalo entre eles.

Embora destituídos de obrigatoriedade, os documentos citados, elaborados nas Conferências do Cairo e de Pequim, representam a consolidação da ideia de direitos reprodutivos e a preocupação de garantir aos indivíduos meios para a decisão e o controle sobre a geração de filhos. Para Flávia Piovesan, dos preceitos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, conclui-se que a emergência dos direitos reprodutivos é um fenômeno contemporâneo que inclui:

- a) O direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;
- b) o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;
- c) o direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis e
- d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.³²⁹

O conceito de direitos sexuais e reprodutivos comporta duas vertentes que se complementam. A primeira concerne à liberdade individual quanto ao exercício da sexualidade e da reprodução, sem sofrer discriminação ou violência. Cuida-se da liberdade de decisão sobre ter ou não filhos, sobre o número desses e sobre o intervalo entre seus nascimentos, a qual se exerce por meio da não interferência do Estado, mediante respeito à privacidade, intimidade, liberdade e auto-determinação.³³⁰

A segunda vertente refere-se às políticas públicas que asseguram a saúde sexual e reprodutiva, isto é, ao direito de acesso a informações e meios seguros que lhes permitam o

³²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

³²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 272.

³³⁰ *Ibidem*, p. 273.

exercício da liberdade reprodutiva, pois o desfrute de uma vida sexual segura e satisfatória e a decisão sobre as circunstâncias de gerar um filho demandam a disponibilidade de educação sexual e de recursos de saúde.³³¹

Vale dizer, a plena observância dos direitos reprodutivos impõe ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, o que implica em garantir acesso a informações, meios, recursos, dentre outras medidas. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área reservada à decisão livre e responsável de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo.³³²

Da mesma forma, para Miriam Ventura, os direitos reprodutivos consistem nos direitos relativos à autonomia e à autodeterminação das funções reprodutivas, abrangendo os direitos à saúde, à educação, à segurança, com a finalidade de proporcionar os meios necessários para a prática livre, saudável e segura dessas funções.³³³ Na atuação estatal esperada, está inserido o direito à informação e ao acesso a métodos eficientes e seguros de planejamento familiar, seja como métodos lícitos de regulação da fecundidade, seja como serviços de saúde que possibilitem uma gestação e um parto seguros.³³⁴

Trata-se, portanto, da liberdade reconhecida, em um primeiro momento, à mulher – já se defende hoje o reconhecimento desses direitos aos homens também – de exercer a sexualidade e decidir sobre ter filhos ou não os ter e o momento oportuno para isso. Defende-se, ainda, que os direitos reprodutivos demandam uma atuação positiva do Estado, para elaborar políticas públicas de atenção à saúde reprodutiva.

Portanto, os direitos reprodutivos abrangem a liberdade de decidir ter filhos e quando tê-los, bem como de ter acesso a informação, meios de contracepção e acompanhamento médico. A questão que se coloca, no entanto, é se gerar um filho pode ser considerado um direito e quais as consequências em face do Estado.

Lembra Mário Antônio Sanches que, embora a capacidade de reproduzir seja uma condição compartilhada entre seres humanos e animais, a função, para os seres humanos, é

³³¹ PIOVESAN, 2003, p. 274.

³³² Loc. cit.

³³³ VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3ª ed. Brasília: UNFPA, 2009, p. 19-20.

³³⁴ FREITAS, Márcia. Repercussões das Técnicas de Reprodução Assistida. In: SEGRE, Conceição A. M.; COSTA, Helenilce de Paula Fiod.; LIPPI, Umberto Gazi. *Perinatologia: fundamentos e prática*. 2ª ed. São Paulo: Sarvier Editora, 2009.

de tal maneira influenciada por outros fatores, de ordem psicológica, social e cultural, que se distancia do ato biológico para ser melhor compreendida como a condição de ser pai e mãe. O autor opta, assim, por falar da reprodução humana como uma condição de parentalidade.³³⁵

Há muitos séculos, a instituição familiar tem sido construída sobre o desejo compartilhado de gerar filhos. Os intuítos de perpetuar o sobrenome, o patrimônio familiar, a memória, ou mesmo de aumentar a força para o trabalho ou para a guerra sempre motivaram a procriação como a principal finalidade do casamento. No entanto, até poucos anos, a decisão sobre ter filhos e quantos tê-los ficava a cargo da natureza, eis que a procriação era consequência necessária da relação sexual.³³⁶

Com o advento de meios científicos que possibilitam, em grande parte, escolher o momento adequado para gerar filhos, esses deixaram de ser o “salário do sexo”, para se tornar um projeto de amor do casal. Apesar das mudanças sociais na percepção dos papéis da maternidade e da paternidade, o projeto parental ainda permanece como uma importante fonte de realização pessoal. Salienta Geneviève Delaisi de Parseval que, embora não se saiba muito bem porque, o ser humano é tomado por um desejo, às vezes imperioso, de ter um filho.³³⁷ É esse desejo, imperioso, associado ao desenvolvimento de tecnologias reprodutivas que impulsionou mudanças no contorno dos direitos reprodutivos.

O pleito feminino inicial de liberdade de decisão sobre a vida reprodutiva e de acesso a serviços de informação e saúde cedeu lugar, nos últimos anos, à discussão sobre o alcance dos direitos reprodutivos em face das novas técnicas de reprodução humana assistida. Na base do debate, encontra-se o desejo de ter um filho e sua nebulosa natureza jurídica. Entre as questões frequentemente levantadas está a possibilidade de uso das técnicas médicas disponíveis para a satisfação desse desejo e de imposição ao Estado do dever de custeio do procedimento.

Salienta Robertson que a liberdade para procriar era tratada, inicialmente, como um direito negativo, cujo exercício impedia a interferência do Estado ou de outros nas

³³⁵ SANCHES, Mário Antônio. Planejamento familiar no contexto da bioética. In: SANCHES, Mário Antônio (org). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 07.

³³⁶ GARCÍA, Maria del Carmen Massé. Planejamento familiar e decisões do casal. In: SANCHES, Mário Antônio (org). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 111.

³³⁷ DELAISI DE PARSEVAL, Geneviève. Désir d'enfant, enfant de ses désirs, droits de l'enfant. In: *Diagnostic prénatal, Procréation médicalement assistée, Sciences de la vie et Droits de L'Homme: Des parlementaires à l'écoute*. Colloques de Juin et Septembre 1989 ao Sénat. Paris: Editions Alecandre Lacassagne, n° 146,1990, p.62.

decisões reprodutivas do indivíduo. No entanto, recentemente, a doutrina lhe tem atribuído também um *status* positivo, que implicaria o dever do Estado de prestar serviços de saúde reprodutiva, aí incluídos os tratamentos de infertilidade.³³⁸

Encontram-se, hoje, na doutrina, sobretudo na jurídica, frequentes menções a um direito de procriar como fundamento para o acesso às tecnologias reprodutivas. Os doutrinadores valem-se das noções de planejamento familiar para destacar a existência da procriação como um direito individual e de caráter fundamental. A questão, como observa Heloísa Helena Barboza, não tem natureza meramente teórica, pois, se entendido o direito de procriar como direito fundamental, haverá uma mudança no tratamento que se deve dar à matéria, não podendo haver impedimento ao seu exercício.³³⁹

Na doutrina estrangeira, Robertson destaca a oposição entre os tradicionalistas estritos, os liberalistas radicais e os tradicionalistas modernos no que concerne ao direito de uso das tecnologias reprodutivas. Para os primeiros, a reprodução é um dom de Deus, resultado da relação íntima entre duas pessoas. Assim, os partidários dessa corrente condenam a maior parte dos usos da reprodução assistida, considerados “não naturais”. Para os segundos, os indivíduos são livres para usar qualquer técnica reprodutiva que desejam para qualquer finalidade, sendo vedada a imposição de limites a essa liberdade. Segundo esse entendimento, são os pais os mais aptos a decidirem o que é bom para sua prole. Os tradicionalistas modernos defendem a liberdade reprodutiva, mas a aceitação das novas tecnologias restringe-se à finalidade de obter a reprodução e desde que não causem danos à prole, à mulher ou à sociedade.³⁴⁰

Ainda segundo Robertson, a liberdade de evitar a concepção e o nascimento não é suficiente como garantia da liberdade de procriar, a qual abrange, também, o direito de ficar grávida e de se tornar pai ou mãe. A completa liberdade de procriar incluiria tanto a liberdade para se relacionar sexualmente sem gerar filhos, quanto a liberdade para se reproduzir sem a relação sexual, nesta abrangidos o acesso às técnicas de reprodução assistida e, também, o direito de separar os componentes genéticos, gestacional ou social da reprodução e recombiná-los em colaboração com outras pessoas.³⁴¹ Ou seja, para ele, o direito de procriar inclui todas as modalidades de acesso ao filho possibilitadas pela reprodução assistida: doação de gametas, cessão de útero, etc.

³³⁸ ROBERTSON, John A. Procreative Liberty in the Era of Genomics. *American Journal of Law & Medicine*, v. 29, p. 439-487, 2003, p. 448.

³³⁹ BARBOZA, 1993, p. 38.

³⁴⁰ ROBERTSON, op. cit., p. 445-446.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 455-464.

Eduardo de Oliveira Leite também identifica, na doutrina e na sociedade inglesa, a divergência quanto ao reconhecimento do direito de procriar. Alude à existência de três correntes: a primeira defende o caráter egoísta do desejo de ter filhos, de modo que nenhuma ajuda deve ser dada ao casal incapacitado de conceber; a segunda corrente rejeita qualquer intervenção na natureza, também rejeitando a ideia da proteção do Estado ao desejo de ter filhos e, finalmente, a última composta por aqueles que vêm como legítima a vontade de ter filhos e, assim, merecedora de tratamento e de proteção estatal.³⁴²

Na doutrina brasileira, os autores que defendem a ideia de um direito de procriar fundamentam-no, sobretudo, nos arts. 5º, *caput*, e 226, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, argumentando que, ao prever a liberdade para a formação da família e para o planejamento familiar, o texto constitucional reconheceria o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida.

Para Juliane Fernandes Queiroz, a infertilidade é um impedimento à concretização da saúde e, por isso, a pessoa faz jus a tratamento terapêutico substitutivo que lhe possibilite gerar filhos. Salienta, ainda, que o Estado confere proteção à família e reconhece ser ela seio do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. O direito de ter filhos, portanto, seria um desejo merecedor de tutela e que encontraria respaldo jurídico no art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, cuja proteção à família deve ser estendida à procriação, um dos meios pelos quais a família é constituída.³⁴³

Entendimento semelhante é defendido por Débora Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges, que sustentam ser a procriação um direito que encontra respaldo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, cabendo ao Estado permitir o uso da ciência para satisfazê-lo.³⁴⁴

De acordo com Sílvio Romero Beltrão, o direito de procriar é decorrência do direito à saúde e corolário do direito ao planejamento familiar. Salienta que a família e a filiação são protegidas pelo Direito, devendo tal proteção abranger o desejo de gerar filhos. Nas palavras do autor, “se há o direito à reprodução, derivado do direito ao planejamento

³⁴² LEITE, 1995, p. 134.

³⁴³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 121-123.

³⁴⁴ OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 16.

familiar, a reprodução deve ser reconhecida em todas as suas formas, quer seja natural, quer seja assistida”.³⁴⁵

Contudo, do ponto de vista jurídico, como bem observa Giovanni Berlinguer, não é fácil ver na procriação um direito exigível. Quando a causa do impedimento de procriar consiste em doenças ou anomalias passíveis de tratamento, tal direito pode ser vislumbrado. Mas, se a infertilidade somente é contornada pelo uso da reprodução assistida, que não trata ou elimina a deficiência, a existência de um direito parece mais controversa.³⁴⁶

Ademais, reconhecer a existência de um direito de procriar pode ensejar consequências de grande relevância, especialmente concernentes ao amplo acesso às técnicas de reprodução assistida e ao dever do Estado de fornecê-las ou custeá-las, além de, até mesmo, fomentar uma discussão quanto ao desejo dos pais de escolherem o sexo ou as características do futuro filho.

Lembra Heloisa Helena Barboza que, se o direito de procriar for entendido como fundamental, não se pode criar impedimento ao uso das técnicas por mulheres solteiras, por exemplo, podendo haver conflito entre o direito do genitor e a proteção aos interesses da criança a ser gerada.³⁴⁷ É necessário, pois, refletir não apenas sobre a existência desse direito, mas também sobre os limites aos quais seu exercício está sujeito.

1.2 A proteção jurídica da vontade de ter um filho

A reflexão sobre um suposto direito de ter filho deve ser iniciada com o reconhecimento das contradições que permeiam a abordagem médica da infertilidade, que têm início no fato de que a ausência de filhos não pode ser caracterizada como uma doença, a prejudicar a saúde física e a vida, ainda que cause muito sofrimento. Além disso, a reprodução assistida extrapola o âmbito de um tratamento médico individual, gerando efeitos no casamento, na família e nos conceitos de início e valor da vida, bem como nas futuras gerações.³⁴⁸

³⁴⁵ BELTRÃO, Sílvio. Romero. *Reprodução Humana Assistida: conflitos éticos e legais, legislar é necessário*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010, p. 30-41.

³⁴⁶ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 17.

³⁴⁷ BARBOZA, 1993, p. 39.

³⁴⁸ CORRÊA, 2009, p.72.

Ressalte-se, retomando a análise feita na primeira parte deste trabalho, que os conceitos de doença ou deficiência variam conforme o que se espera do indivíduo como bom e adequado em um determinado momento histórico. Explicitou-se, naquela oportunidade, que tratar uma condição física como um problema médico não é questão apenas determinada pelo conhecimento técnico, mas envolve considerações de valor, tornando-se, muitas vezes, uma questão moral.³⁴⁹

Assim, o tratamento da infertilidade como uma enfermidade deve ser visto com cautela, eis que, embora frustre o anseio do indivíduo de gerar filhos, não lhe causa prejuízo às funções orgânicas ou à vida. Ela é tomada como um problema de saúde apenas porque impede o indivíduo de fazer algo que dele era esperado: gerar descendência. Isso não significa, é claro, que a infertilidade deva ser ignorada pela medicina. A procriação é uma função socialmente importante e gerar filhos é um desejo legítimo e compartilhado pela maior parte das pessoas. Entretanto, deve-se reconhecer que as técnicas de reprodução assistida destinam-se mais a satisfazer esse anseio de gerar filhos do que a tratar um problema ou condição médica, pois a infertilidade persiste após o uso da técnica, sendo essa apenas um paliativo ao problema.

Para Marilena Corrêa, encontrar o fundamento que legitime a defesa do desejo como critério para o acesso às técnicas de reprodução assistida é tarefa dificultada pela abordagem médica da ausência de filhos, que impõe o uso de recursos ilimitados para a solução do problema.³⁵⁰

A autora chama a atenção, no entanto, para o fato de que a intervenção médica nessa situação pode gerar mais angústia do que alívio para o indivíduo, pois, para o alcance do benefício de ter filhos que, segundo a autora, é de difícil avaliação, já que não causa sofrimento físico ou ameaça à vida, propõe-se uma técnica de baixa eficácia a custos muito altos. Esses problemas, como observa, raramente são aventados no discurso da medicina reprodutiva no Brasil:

Perguntar até que ponto a reprodução assistida é válida, qual o limite de aplicação dessas tecnologias, são perguntas praticamente interditadas ou pouquíssimo exploradas no discurso da medicina reprodutiva que sustenta a absolutização do desejo de filhos, ao qual outras vozes começam a se incorporar, oriundas, inclusive, de outros campos, tanto de estudos das ciências humanas quanto dos movimentos sociais. A interdição da pergunta estaria neste caso determinada pelo próprio desejo

³⁴⁹ ENGELHARDT JR., 2015, p. 284.

³⁵⁰ CORRÊA, 2003, p. 34.

de ter filhos, que não pode conhecer limites, gerando um raciocínio circular fechado sobre si mesmo. A um “desejo de filhos” absolutizado corresponde uma aplicação inquestionável das novas tecnologias reprodutivas. Até que ponto um discurso que transforma direitos reprodutivos em direitos à reprodução (procriação) e/ou o desejo de ter filhos em um direito individual fundamental contribui para um ainda maior obscurecimento destas questões?³⁵¹

Para Marilena Cordeiro Dias Villela, entender a opção pela reprodução assistida como uma questão de liberdade e autonomia individual suscita questões morais quanto ao direito à reprodução. Acrescenta que, nas análises da demanda e da oferta de serviços de medicina reprodutiva, nas abordagens médica, psicanalíticas, socioantropológicas, demográficas, bioéticas e, até mesmo, nas jurídicas, que reconhecem a legitimidade da busca por técnicas paliativas à dificuldade de reprodução, tornou-se central a categoria de desejo. Salienta, ainda, a dificuldade de determinar em que medida a reprodução é um exercício da vontade individual e em que medida é produto de condicionamentos sociais, sobretudo em virtude da existência de elementos que exercem pressão no uso das técnicas de reprodução, reforçando a impossibilidade de dissociação do social e do material no desejo de filhos. Nas decisões reprodutivas, além das questões políticas e culturais envolvidas, pesam também fatores vinculados à legislação e à conduta do médico no momento de esclarecer sobre os riscos e sucessos das diferentes técnicas.³⁵² Desse modo, a liberdade e a autonomia do sujeito podem ficar ainda mais comprometidas em razão das promessas de reprodução não cumpridas pelas tecnologias reprodutivas ou cumpridas com um alto custo moral, financeiro e de saúde.³⁵³

Defende-se, pois, na doutrina, uma aplicação ampla e ilimitada da reprodução assistida, fundada em um desejo de ter filho, que é elevado à categoria de direito absoluto, como decorrência do direito ao planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana. Contudo, salienta, com propriedade, Mônica Aguiar, que os arts. 5º, *caput*, e 226, §7º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, tanto podem servir para albergar o direito à liberdade de procriação, quanto para impor-lhe limites em razão, por exemplo, da necessidade de tutela do embrião gerado.³⁵⁴

A ênfase no direito de procriar acaba por obscurecer a reflexão sobre a aplicação das técnicas de reprodução assistida. O suposto direito está encampado por uma aura de

³⁵¹ CORRÊA, 2003, p. 35.

³⁵² CORRÊA, 2009, p.72-75.

³⁵³ *Ibidem*, p.76.

³⁵⁴ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.

sacralidade que dificulta a imposição de limites, cujos críticos são, muitas vezes, taxados de conservadores. É preciso notar, no entanto, que o uso de tais tecnologias não se restringe a uma satisfação pessoal, causando, também, efeitos sobre o ser que será gerado e sobre a sociedade.

Marilena Corrêa menciona o risco de o desejo de ter filhos promover a objetivação da criança, esclarecendo que a utilização do verbo “ter”, comumente empregado para descrever a posse de objetos, reforça esse risco, que é expressado em extremos opostos: a criança como uma extensão imediata de si ou como um “item de consumo” a ser adquirido. As controvérsias geradas pelas novas tecnologias reprodutivas – seu uso por casais homoafetivos ou por mulheres na menopausa, a cessão de útero e a clonagem reprodutiva –, para ela, não podem ser reduzidas a um “desejo de filhos”.³⁵⁵

Em sentido semelhante, José Roque Junges entende que a reivindicação de um direito ao filho peca por simplismo e transforma o filho em “objeto” do direito, como se tem direito ao trabalho ou a tratamento de saúde. De acordo com ele, haveria, nessa ideia, uma perversão do conceito de “direito a”, pois não se pode ter direito a alguém, mas somente a algo.³⁵⁶

Ainda segundo Marilena Corrêa, o uso das tecnologias reprodutivas contribui para o reforço de sistemas sexistas e de opressão de classe, uma vez que casais com mais recursos financeiros custeiam parte do procedimento em mulheres com menos recursos em troca da doação de óvulos, bem como, em determinadas situações, pagam pelo uso do útero de outra mulher, que deverá, ao final da gestação, entregar o bebê gerado ao casal demandante.³⁵⁷

Para Maria do Céu Patrão Neves, a liberdade reprodutiva, reivindicada inicialmente como direito de decisão sobre o número de filhos que se quer ter e quando os gerar, está hoje pervertida em uma reivindicação do direito de ter filhos e de optar entre as modalidades disponíveis para gerá-los. Há, no entanto, uma diferença relevante entre os dois enunciados: enquanto o primeiro se exerce apenas sobre o próprio corpo, o segundo se exerce sobre uma nova vida, sobre um outro ser humano.³⁵⁸ Vale dizer, olvida-se, nesse

³⁵⁵ CORRÊA, 2003, p. 32-34.

³⁵⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995, p. 156-157.

³⁵⁷ CORRÊA, op. cit., p. 34.

³⁵⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade: o desejo e o direito a ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009, p. 135.

processo, que o ser gerado é igualmente digno e merecedor do respeito e resguardo aos seus direitos individuais.

A procriação assistida, para a autora, deve apresentar um caráter subsidiário, destinando-se apenas a assistir medicamente pacientes portadores de infertilidade, ficando, por isso, vedada seu uso para a satisfação de outros anseios daqueles que a procuram. Defende, pois, em uma abordagem restritiva, que o recurso à técnica deve ser restrito aos casais inférteis, que pretendem utilizá-la para restaurar uma função natural que, por deficiência, não podem exercer.³⁵⁹

No pensamento desenvolvido pela autora, mesmo o recurso a bancos de esperma é prática que desrespeita o princípio da subsidiariedade, quando não há infertilidade diagnosticada, e instrumentaliza a vida humana porque gera a criança fora de uma relação afetiva, que seria a única justificativa a legitimar sua existência. Tal recurso, segundo ela, cria uma assimetria no casal, em que apenas um mantém uma relação biológica com o filho ou, no caso da mulher solteira, satisfaz um desejo egoísta, privando intencionalmente o novo ser da presença do pai.³⁶⁰

Salienta, ainda, como hipótese de ofensa ao princípio da subsidiariedade, o uso da reprodução assistida por mulheres já na menopausa, com o emprego de óvulos de mulheres mais jovens, escolha que, na sua percepção, instrumentaliza a criança, sujeitando-a a uma provável orfandade precoce. Cita o caso da romena Adriana Iliescu que, ao dar à luz, tornou-se a parturiente mais velha do mundo, com 66 anos.³⁶¹

Ainda de acordo com Maria do Céu Patrão Neves, a preponderância do princípio da autonomia no entendimento dessas relações tem duas implicações. Para a primeira, o critério de aplicação das técnicas de reprodução assistida fica dependente de escolhas individuais, seja dos candidatos a pais, seja dos técnicos que a empregam. A segunda implicação é a de subordinar os interesses da futura criança aos interesses dos futuros pais, negligenciando o direito de ser gerada no seio de uma relação afetiva. Conclui, assim, que a aplicação do princípio da autonomia no âmbito da procriação medicamente assistida implicaria a conversão do legítimo desejo de um filho, coincidente na sua dimensão biológica com o projeto afetivo do casal, em um ilegítimo direito a um filho, que o

³⁵⁹ NEVES, 2009, p. 133.

³⁶⁰ Ibidem, p. 135-136.

³⁶¹ Ibidem, p. 136.

reduziria a mero objeto cuja posse é suscetível de ser reclamada por outrem. Finaliza, enfatizando que “um direito a um filho seria incompatível com a dignidade do filho.”³⁶²

Ressalte-se que, conforme o conceito já apresentado, há uma diferença substancial em falar de direitos reprodutivos e direito de ter um filho ou direito de procriar. Muitos países, inclusive o Brasil, resguardam aos indivíduos o direito de não ser obstaculizado ou de não sofrer coerção ou discriminação na vontade de gerar uma criança. Nesse sentido, é possível falar em um direito de procriar. Todavia, o conteúdo dessa expressão tem sido ampliado de tal forma a torná-lo um direito absoluto sobre a criança que será gerada, abrangendo uma liberdade incompatível com a proteção dela.

O aventado direito a um filho, no sentido que se critica, torna a criança um “objeto” da satisfação do desejo e, o que parece ainda mais grave, dificulta a tomada de decisões pelos pais, convencidos do sonho de ter um filho e de que a realização desse anseio deve se dar a qualquer custo. Olvidam-se os doutrinadores de que, embora a decisão sobre quando e em que circunstâncias procriar seja, de fato, um direito de cada indivíduo, assim como o acesso a recursos médicos que auxiliem essa procriação de forma saudável e segura, o filho é um ser humano, fim em si mesmo, dotado de dignidade inerente que o impede de se tornar o meio para a satisfação do desejo de outrem. Sobre a impossibilidade de compreensão do direito de procriar como direito de ter um filho, ensinam Hottois e Parizeau:

Neste contexto em que desejar uma criança se torna um acto deliberado, qualquer obstáculo a esse desejo se transforma rapidamente numa infração a um direito, o direito de procriar, considerado um direito fundamental do ser humano. As pessoas preocupam-se com uma eventual esterilidade involuntária, depois de terem passado por uma esterilidade voluntária. A noção do direito a um filho fez subir em flecha o desejo de um filho; essas representações prepararam assim o caminho para as procriações artificiais, para esses progressos da medicina que passam a estar ao serviço dos fantasmas das crianças “a qualquer preço”.³⁶³

Desse modo, um primeiro problema identificado na ideia de direito de ter um filho consiste na possível instrumentalização da criança, que pode se tornar “objeto” da satisfação do desejo dos pais. Cumpre esclarecer que a utilização da reprodução assistida, em si, não é instrumentalizadora do ser humano, eis que se presta a auxiliar a concepção.

³⁶² NEVES, 2009, p. 137.

³⁶³ HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Tradução de Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.138.

No entanto, comumente, sofre desvirtuamentos, como na utilização da técnica para selecionar os embriões com determinadas características desejadas.

Um caso interessante que ilustra uma das consequências de se tratar a criança como um direito de quem deseja gerar filhos é narrado Jonathan Glover na obra *Choosing Children*. Relata o autor que, no ano de 2002, Sharon Duchesneau e Candy McCullough, ambas surdas, decidiram usar o espermatozóide de um doador com surdez hereditária para gerar uma criança também surda. Elas foram criticadas por pessoas que consideram a surdez uma deficiência, mas foram compreendidas por outras que veem a surdez como uma característica da pessoa e não uma deficiência.³⁶⁴ Para Sharon e Candy, um filho surdo seria preferível a um não surdo, razão pela qual optaram por gerá-lo dessa forma. A situação parece chocar porque, de maneira geral, considera-se a surdez como uma deficiência, mas o mesmo raciocínio poderia ser usado para gerar bebês com características, em tese, desejáveis, redundando na mesma instrumentalização: a criança formada conforme o desejo e a escolha dos pais.

Falar, pois, em direito ao filho permite, como demonstrado, que esse filho seja tratado como instrumento da satisfação do interesse dos pais, qualidade incompatível com a consagrada noção de que a todo ser humano é reconhecida uma dignidade intrínseca que o torna sujeito de direitos e impede sua instrumentalização.

Há, ainda, mais um problema suscitado pelo direito de ter um filho. Poderia esse direito ser entendido como direito de acesso às técnicas de reprodução assistida? Trata-se da questão atinente à disponibilização do serviço de reprodução assistida pelo Estado.

Para Laura Shanner, a pergunta sobre a existência de um direito de acesso às novas tecnologias reprodutivas envolve três tipos de problemas: se o desenvolvimento dessas tecnologias deve ser pesquisa prioritária; se os programas de saúde pública devem financiar tais tratamentos e se os tratamentos para a infertilidade devem estar disponíveis a todos. O debate, segundo a autora, também perpassa questões sociais centradas na escassez de recursos que podem favorecer a restrição, ao invés da expansão de técnicas como a fertilização *in vitro*. Aponta ainda para o fato de que, quando um paciente é destinatário de assistência social, as preocupações devem ir além dos custos do tratamento.³⁶⁵

De acordo com a autora, a demanda por um direito de gerar uma criança não se justifica. Ao contrário. Tratar as decisões sobre a procriação em termos de direitos é, na

³⁶⁴ GLOVER, 2006, p. 05.

³⁶⁵ SHANNER, Laura. The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong. *McGill Law Journal*, vol. 40, 1995, 823-874, p. 825.

sua percepção, um projeto ético problemático, que enseja duas dificuldades: a primeira seria o fato de que o direito de procriar demanda uma assistência do Estado, diferentemente daqueles garantidos pela mera abstenção; a segunda estaria situada na limitação a esse direito imposta pelos direitos e interesses do futuro filho.

Para Shanner, ainda, não é plausível sugerir que todos têm direito aos benefícios de qualquer invenção ou descoberta, pois existem limitações concernentes à alocação de recursos que podem restringir o acesso às tecnologias reprodutivas assim como restringem o acesso às tecnologias que se destinam a salvar a vida do paciente. Há casos em que, seja pela inconclusão dos estudos, seja pelos altos custos do procedimento, o governo pode recusar o custeio de determinada técnica.³⁶⁶

A despeito das questões éticas suscitadas, Shanner afirma ser comum o entendimento de que os direitos reprodutivos, que abrangem o uso de contracepção, o acesso ao aborto e a vedação à esterilização forçada, também abarcam um direito de procriar. De acordo com esse entendimento, uma pessoa infértil teria a mesma liberdade reprodutiva de uma pessoa fértil e, por isso, seria inaceitável que o governo restringisse sua liberdade reprodutiva.³⁶⁷

Para compreender o debate, segundo ela, é preciso distinguir os direitos negativos dos direitos positivos. Os primeiros implicam a obrigação para os demais de não interferirem no exercício dele pelo titular, abrangendo, por exemplo, o direito à integridade física e à liberdade de crença. Os segundos demandam uma assistência ou um suporte, gerando uma obrigação para outro de fornecer bens ou serviços de que a pessoa necessita para o exercício do seu direito. É exemplo dessa segunda categoria o direito à saúde.

É relevante a identificação da natureza da vontade de ter um filho, se um direito positivo ou negativo. Parte da doutrina inclui o direito de procriar na categoria dos direitos negativos. Contudo, para a autora, o alegado direito envolve pretensões positivas e negativas, tanto da perspectiva da gestante, quanto da perspectiva da futura criança. Os direitos previstos no art. 16, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶⁸ são, para ela, negativos, pois os governos não podem interferir na vida conjugal ou nas escolhas

³⁶⁶ SHANNER, 1995, p. 838.

³⁶⁷ Ibidem, p. 839.

³⁶⁸ Art. 16º 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

familiares do indivíduo. Embora tais direitos sejam negativos, há restrições, por exemplo, com relação à idade da mãe. Por outro lado, a demanda dos casais inférteis de obter ajuda e recursos para procriar é, na opinião da autora, uma demanda positiva, pois os pacientes em clínicas de fertilidade não estão buscando permissão, estão buscando ajuda. Tal como outras demandas médicas, o tratamento da infertilidade envolve mais assistência e destinação de recursos do que mera liberdade.³⁶⁹

No Brasil, a Constituição da República protege a família, reconhecendo a igualdade de direitos entre os cônjuges e, no art. 226, § 7º, dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Além disso, protege a maternidade em vários dispositivos que perpassam os direitos trabalhistas e a seguridade social. No art. 196, a Constituição de 1988 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei nº 9.263, de 21 de janeiro de 1996, regulamentando o disposto na Constituição de 1988, conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, reconhecendo-o como direito de todo indivíduo.

Dispõe a lei, no art. 3º, parágrafo único, que compete ao Sistema Único de Saúde a prestação de serviços de saúde relacionados à assistência à concepção e contracepção, ao atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato e o controle das doenças sexualmente transmissíveis. Trata, ainda, no art. 4º, da garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. No art. 9º, prevê, também, o oferecimento de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas. Disciplina, contudo, no parágrafo único, que a prescrição dessas técnicas depende da avaliação e de acompanhamento clínico, mediante informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

³⁶⁹ SHANNER, 1995, p. 840-841.

O Ministério da Saúde instituiu, por meio da Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Consta-se, no preâmbulo, que, nos termos da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e anticoncepção cientificamente aceitos e a necessidade de definição de mecanismos de regulação, fiscalização, controle e avaliação da assistência prestada aos usuários. Entre outras determinações, a portaria estabeleceu a necessidade de definição de critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e técnicas de reprodução humana assistida, bem como definiu como de alta complexidade os serviços aptos a realizar procedimentos de reprodução assistida.

Analisando os dispositivos citados, conclui-se que a legislação brasileira permite o acesso às técnicas de reprodução assistida e o custeio pelo Estado. A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, no art. 9º, dispõe que sejam oferecidos, pelo Sistema Único de Saúde, todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos. Contudo, tal dispositivo deve ser analisado com cautela.

A infertilidade não é um problema médico que prejudica a vida ou o funcionamento orgânico do indivíduo. Além disso, os custos da reprodução assistida são muito altos e a chance de êxito ainda é pequena. Desse modo, eventual custeio público dessas técnicas deve observar a disponibilidade de recursos a serem destinados a esse fim, sobretudo em razão do fato de que, no Brasil, a prestação do serviço de saúde é extremamente deficitária e hospitais carecem de recursos básicos e medicamentos muitas vezes essenciais para o resguardo da vida dos pacientes.

Na reflexão de María Casado, embora a questão atinente à existência de um direito de ter filhos a qualquer custo não esteja diretamente relacionada ao aspecto econômico, não se pode perder de vista que a distribuição dos recursos é um problema de grande magnitude no que se refere à saúde. A limitação dos recursos e o aumento dos gastos à medida que são incrementadas as possibilidades da técnica implicam a escolha de prioridades na atenção sanitária à população.³⁷⁰

Diante da realidade da saúde pública no Brasil, a reprodução assistida não deve ser tomada como prioridade em atenção a um direito de ter filho. Em que pese ser

³⁷⁰ CASADO, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers* 53, 1997, p. 43.

reconhecida a relevância do desejo de ter um filho, a essa vontade não corresponde um direito absoluto, ainda mais quando se refere à exigência de auxílio à concepção. A carência de recursos públicos para o custeio da saúde é obstáculo legítimo a que esse direito, no seu aspecto positivo, seja imposto em face do Estado.

No que concerne aos direitos da futura criança como obstáculos ao livre exercício do direito de procriar, salienta Laura Shanner que, embora futuras crianças, ainda não concebidas, não tenham um *status* ontológico e, portanto, não sejam titulares de interesses ou direitos, existe um dever de que lhes sejam evitados danos futuros. Projetando-se essa pessoa futura, ainda não existente, e eventuais danos que a atinjam, pode-se afirmar que ela tem o direito de não ser prejudicada.³⁷¹

A difícil questão que concerne aos direitos desse ser ainda inexistente será tratada nos tópicos seguintes, mas se adianta, desde já, que o poder do homem de interferir de maneira tão determinante na geração da vida demanda mudança na forma jurídica de lidar com os problemas daí advindos. Não só na seara da genética, mas também no âmbito da proteção da natureza, o Direito depara-se com situações nunca antes pensadas ou vivenciadas: a necessidade de proteger pessoas futuras.

Os inúmeros obstáculos dogmáticos à tutela daqueles que ainda não foram sequer concebidos exigem aprofundamentos para a construção de um novo caminho jurídico, apto a resguardar as futuras gerações, aí abrangidos os seres humanos gerados pelas técnicas de reprodução assistida. Pensar seus direitos e interesses é difícil e complexo, sobretudo porque tais interesses podem resultar na vedação a que sejam concebidos, isto é, na vedação de acesso às técnicas de reprodução assistida sob o fundamento da proteção de “um alguém” que, em virtude dessa proibição, não poderá ser gerado.

No entanto, a aspereza do tema não pode afastar uma prévia, mas relevante conclusão: os usos da reprodução assistida são legítimos desde que não provoquem danos. Mesmo os doutrinadores que defendem a livre decisão dos pais sobre os futuros filhos, fundamentam sua posição na ideia de que os pais são os mais aptos a decidir sobre o melhor para sua prole.

É possível, portanto, falar em um direito de gerar uma criança, mas, como todo direito, esse não é absoluto, devendo ser exercido em conformidade com as normas em vigor e desde que resguardados a integridade e os direitos daquele a ser gerado. É preciso distinguir a legítima vontade de ter um filho, que leva à utilização das técnicas de

³⁷¹ SHANNER, 1995, p. 845.

reprodução assistida como uma tentativa de superação da infertilidade, da ideia de um direito de ter filho como o exercício de uma vontade obstinada, que pode ser imposta a todos e ao Estado, a fim de que o desejo seja satisfeito a qualquer custo.

A parentalidade, como ensina Mário Sanches, não é apenas um projeto de crescimento e satisfação pessoal. Estando sua realização vinculada à geração de vidas humanas, deve ela ser um projeto voltado para a vida. Com razão, observa o autor que não há nobreza na parentalidade desvinculada do respeito à dignidade e à vida dos filhos.³⁷²

A parentalidade como um “projeto de consumo”, ou seja, como forma de “aquisição”³⁷³ de um filho como um produto, não é tutelada pelo Direito, pois, ainda que profundo, não é o desejo dos pais que legitima a utilização das técnicas de reprodução assistida.³⁷⁴ A vida de um ser humano não pode se prestar a satisfazer o desejo de outros, sendo ela um valor em si. Desse modo, gerar um filho por meio de técnicas de reprodução assistida é legítimo desde que observado seu caráter subsidiário e os interesses daquele a ser gerado.

³⁷² SANCHES, Mário Antônio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; BARBOSA, Swendenberg do Nascimento (org.). *Bioéticas, poderes e injustiças 10 anos depois*. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012, p. 270.

³⁷³ *Ibidem*, p. 271.

³⁷⁴ CORREA, Francisco J. León. El diálogo bioético em las técnicas de reproducción asistida. *Acta Bioethica*, 2007, 13 (2), p. 161-167.

2. A PREVENÇÃO DE DANOS FUTUROS: RESPONSABILIDADE E PRECAUÇÃO COMO MARCOS ÉTICOS E JURÍDICOS

2.1 A responsabilidade na sociedade biotecnológica

A palavra responsabilidade, por sua própria etimologia, refere-se à ideia de responder por alguma coisa. A responsabilidade é, no ensinamento de José de Aguiar Dias, inerente a toda manifestação da atividade humana.³⁷⁵ Agindo o homem de forma livre e consciente, e não apenas por impulso biológico, é ele um agente moral, livre e responsável por suas ações.³⁷⁶

Atribui-se a origem da noção de responsabilidade à ideia de reação ao mal sofrido. A pretensão de que aquele que causa um mal deva repará-lo ou sofrer uma pena está na base do que se entende por responsabilidade no sentido jurídico. A vedação à vingança privada para ceder lugar à imposição pelo Estado do dever de reparar o dano ou de uma pena a ser cumprida é a raiz das noções jurídicas de responsabilidade civil e penal.

Foi no seio da moral que a noção de responsabilidade encontrou seus primeiros fundamentos. No plano jurídico, ela foi atrelada à verificação de um prejuízo. Na esfera penal, a conduta, para ser punível, precisa ter ofendido o bem jurídico tutelado pela norma. Na esfera cível, provocado um prejuízo a outrem, impõe-se ao causador o dever de repará-lo.

A ideia de responsabilidade pode assumir duas perspectivas: a primeira referente à suscetibilidade de imputar ao agente determinado ato e seus efeitos e a segunda como a possibilidade de sujeitar alguém ou uma coisa às consequências de certo comportamento.³⁷⁷ No primeiro sentido, tem-se a imputação do ato ao agente e, no segundo, a atribuição das consequências danosas ao responsável.

A origem dessas duas acepções é explicada por Paul Ricoeur, para quem um conceito fundador de responsabilidade não deve ser encontrado no campo semântico do verbo responder, mas sim no do verbo imputar. Esclarece que o termo imputação³⁷⁸ já era

³⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 1.

³⁷⁶ PEGORARO, 2010, p.25.

³⁷⁷ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 34-5.

³⁷⁸ O termo é apresentado pelo autor como “atribuir a alguém uma ação condenável, um delito, portanto uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou uma proibição que essa ação infringe”.

bem conhecido na época em que o termo responsabilidade não tinha emprego reconhecido fora da teoria política.³⁷⁹

A ideia de imputação levava ao juízo de retribuição, como obrigação de reparar o dano ou sofrer a pena, o qual não poderia prescindir do movimento inverso, isto é, remontando ao juízo de atribuição da ação ao seu autor.³⁸⁰ Assim, há um movimento de imputação que leva à retribuição como pena, mas que leva também à atribuição da conduta ao agente.³⁸¹

A noção jurídica de responsabilidade como a obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena é, assim, resultado do deslocamento entre a ideia de retribuição (da falta) e a ideia de atribuição (da ação ao agente). A responsabilidade jurídica advém, pois, do cruzamento das obrigações de fazer, violada pela infração, e de reparar o dano, em que a primeira justifica a segunda, que, por sua vez, sanciona-a.³⁸²

Contudo, essa ideia de imputação, com raízes kantianas, centrada no encontro da atribuição de uma ação a um agente e da qualificação moral, geralmente negativa, desse agir, sofreu uma reestruturação contemporânea, um processo de “des-moralização”. Como consequência, o conceito jurídico de responsabilidade foi repensado para um afastamento da culpa.³⁸³

Lembre-se de que a culpa foi erigida a elemento da responsabilidade civil no Direito Romano e reiterada no Código Civil Francês. A teoria da responsabilidade civil extracontratual exigia, assim, a presença de quatro pressupostos: a conduta, o dano, o nexo causal entre ambos e a culpa. A complexidade da sociedade industrial dos séculos XVIII e XIX, no entanto, revelou a insuficiência da ideia de culpa para assegurar a reparação dos danos.

A maior proximidade entre os homens e as máquinas multiplicaram os acidentes ocorridos mais em função das circunstâncias da atividade do que em razão de uma falta de cautela ou imprudência.³⁸⁴ O crescente número de vítimas e o desequilíbrio entre os que criavam os riscos e os que sofriam suas consequências danosas evidenciou a necessidade de melhor examinar os fundamentos da responsabilidade civil.³⁸⁵ Doutrina e jurisprudência

³⁷⁹ RICOEUR, Paul. *O justo. A justiça como regra moral e como instituição*. v. 1. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35-36.

³⁸⁰ Loc. cit.

³⁸¹ Loc. cit.

³⁸² Ibidem, p. 42-43.

³⁸³ Ibidem, p. 49.

³⁸⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 5.

³⁸⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, 120.

caminharam, inicialmente, no sentido de uma ampliação do conceito de culpa e, posteriormente, para o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Assim, por influência dos conceitos de solidariedade, segurança e risco, abriu-se espaço à responsabilidade sem culpa. O processo inicial de despenalização da responsabilidade civil, quando houve a separação entre as responsabilidades civil e penal, torna-se, agora, um processo de desculpabilização.³⁸⁶ A crise da responsabilidade civil, identificada por Ricoeur na doutrina, parte do deslocamento da ênfase do autor presumido do dano para a vítima a quem cabe o direito de exigir a reparação.³⁸⁷ A reparação do dano sofrido torna-se mais importante aos olhos do Direito do que o reconhecimento da culpa do autor do fato.

Entretanto, observa Vicente de Paulo Barreto que a pretensão de substituir a falta e a pena consequente pela ideia do risco e do seguro a ser pago ensejou o perigo de que o direito e a moral, na busca por superar as deficiências encontradas na teoria clássica da responsabilidade, caíssem em uma desculpabilidade individual absoluta, com o surgimento de uma sociedade de vítimas, em busca de culpados e de indenizações para compensar situações socialmente injustas.³⁸⁸

Ricoeur salienta outra consequência dessa nova perspectiva da responsabilidade: a ampliação da esfera dos riscos e sua extensão no espaço e no tempo. Chama a atenção para o contraste existente entre o recuo da ideia de imputação no plano jurídico e a simultânea proliferação dos usos do termo responsabilidade no plano moral. Para ele, diante da procura da opinião pública por responsáveis capazes de reparar e indenizar os danos, pode-se questionar se a suposta inflação do conceito moral de responsabilidade não deveria ser relacionada com um deslocamento “a montante”³⁸⁹ da responsabilidade jurídica, em que se destina posição mais elevada às medidas de precaução e de prudência necessárias à prevenção do dano do que à ação e ao dano. Em última análise, subsistiria uma única obrigação: “a de garantir-se contra qualquer risco”.³⁹⁰

O autor distingue a responsabilidade no plano jurídico, em que o agente responde pelos efeitos da sua ação, da responsabilidade no plano moral, em que ele responsabiliza-se

³⁸⁶ RICOEUR, 2008, p. 48-50.

³⁸⁷ Ibidem, p. 49-50.

³⁸⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

³⁸⁹ O termo “montante” é usado nas ciências geográficas para denominar a parte superior do curso do rio, ao passo que o termo “jusante” designa a parte inferior.

³⁹⁰ RICOEUR, op. cit., p. 53.

por outro ser humano. Afirma que a segunda hipótese não escapa por completo ao direito civil que prevê que alguém é responsável pelo dano causado por pessoas pelas quais deve responder. A responsabilidade não se reduz, pois, ao juízo feito sobre a relação entre o autor da ação e quem a sofre, estendendo-se também ao vulnerável e ao frágil que estão sob os cuidados do agente. Há, então, uma inversão, pois a pessoa é responsável pelo dano porque é responsável por outrem.³⁹¹

Em razão desse deslocamento do objeto da responsabilidade, dirigida ao outro vulnerável, Ricoeur observa que, se a vulnerabilidade futura do homem e do meio ambiente tornar-se ponto focal do cuidado responsável, seria possível falar de uma ampliação ilimitada do alcance da responsabilidade. Ele questiona, assim, até onde se estende, no espaço e no tempo, a responsabilidade sobre nossos atos e a cadeia dos efeitos danosos de atos que podem ser atribuídos a uma ação de um determinado sujeito considerado autor.³⁹² Em resumo, questiona o autor a existência e os limites da responsabilidade dos sujeitos atuais por danos futuros, cuja causa remota pode lhes ser atribuída.

A resposta parcial estaria na ampliação dos poderes exercidos pelos seres humanos sobre outros seres humanos e sobre o meio ambiente comum, isto é, a responsabilidade se ampliaria à medida que os poderes fossem ampliados no espaço e no tempo. Para ele, assim, pode-se fundamentar, como o faz Hans Jonas, duas remissões da responsabilidade: a montante na direção das medidas de precaução e cautela e à jusante na direção dos efeitos potencialmente destruidores da ação.³⁹³

Para elucidar a questão posta, o filósofo propõe a reflexão sobre os efeitos do ato de poluir. Argumenta que os atos poluidores ampliam-se à medida que se ampliam os nossos poderes e que, quanto mais longe for nossa capacidade de poluir, mais longe, também, irá nossa responsabilidade pelos danos causados.³⁹⁴

Contudo, essa ampliação virtualmente ilimitada do alcance dos nossos atos apresenta dificuldades. Uma refere-se à identificação do responsável pelos efeitos prejudiciais, eis que a causa do dano pode ser um conjunto de pequenas decisões singulares, em uma aparente diluição dos efeitos da responsabilidade à medida que se amplia seu raio de ação. Outra centra-se no questionamento de até onde é possível estender

³⁹¹ RICOEUR, 2008, p. 53-54.

³⁹² Ibidem, p. 54-55.

³⁹³ Ibidem, p. 55.

³⁹⁴ Ibidem, p. 54-55.

no espaço e no tempo uma responsabilidade passível de ser assumida por autores presumivelmente identificáveis. A responsabilidade poderia abranger, por exemplo, danos futuros? Finalmente, a terceira dificuldade refere-se à possibilidade de reparação quando não há nenhuma relação, ainda que tênue, de reciprocidade entre os autores do dano e as vítimas.³⁹⁵

Paul Ricoeur vê como possível responder apenas parcialmente a essas dificuldades; propõe que a orientação comum às ideias moral e jurídica de responsabilidade, segundo a qual somos responsáveis pelo que fizemos, seja substituída por uma orientação prospectiva, em que a ideia de prevenção se somaria à ideia de reparação dos danos causados. A partir dessa ideia de prevenção, seria possível reconstruir uma noção de responsabilidade que atendesse às três dificuldades explicitadas.³⁹⁶

Para isso, no entanto, deve-se considerar que o sujeito da responsabilidade é o mesmo que o sujeito dos poderes geradores da poluição, eis que é sobre as pessoas singulares e sobre os sistemas nos quais as ações individuais interveem que deve incidir o espírito de vigilância e a virtude da prudência própria da responsabilidade a montante. É preciso, também, considerar a sucessão das gerações e a necessidade de um novo imperativo, tal como proposto por Hans Jonas, que nos impõe agir de modo tal que continue havendo seres humanos depois de nós, pois o imperativo Kantiano pressupõe que o causador do dano e a vítima sejam contemporâneos.³⁹⁷

Hans Jonas, diante do progresso tecnológico, reconhece que os três pressupostos compartilhados pela ética – a condição humana, conferida pela natureza do homem e das coisas; a determinação, com base nela, do que é bom para o homem e os limites do alcance da ação humana e, portanto, da responsabilidade – perderam a validade, demandando uma reflexão sobre a aplicabilidade da ética tradicional à sociedade tecnológica, em que é possível a alteração da essência ou da natureza do homem.

De acordo com o filósofo, todo o domínio da *techne*, à exceção da medicina, era, até algumas décadas, eticamente neutro. Do ponto de vista do objeto, a arte não afetava substancialmente a natureza das coisas, inexistindo, portanto, a possibilidade de um dano duradouro à integridade do objeto ou à ordem natural. Do ponto de vista do sujeito, a atividade era determinada pela necessidade e não como progresso que se autojustifica

³⁹⁵ RICOEUR, 2008, p. 55-56.

³⁹⁶ Ibidem, p. 56.

³⁹⁷ Ibidem, p. 57.

como fim da humanidade. Resume Hans Jonas, afirmando que “a atuação sobre objetos não humanos não formava um domínio eticamente significativo”.³⁹⁸

A ética clássica versava sobre o relacionamento direto do homem com o homem e do homem consigo mesmo e não o considerava objeto da *tecnhe*. Além disso, o bem e o mal associados ao agir evidenciavam-se na própria ação ou em seu alcance imediato, de modo que a preocupação ética não extrapolava o aqui e agora, pois os efeitos da ação eram limitados no tempo e no espaço. A ação era tida como boa ou má conforme um contexto de curto prazo.³⁹⁹

No entanto, a técnica moderna possibilitou ações cujas consequências não são adequadamente tratadas pela ética antiga. A intervenção técnica do homem sobre a natureza tornou-a vulnerável e modificou a representação que cada ser humano tem como fator causal no complexo sistema das coisas. Assim, com a mudança na natureza da ação humana, a biosfera do planeta, como alvo do poder humano, cresceu-se àquilo pelo qual devemos ser responsáveis.⁴⁰⁰

Nesse novo contexto, as limitações de proximidade e simultaneidade da ação são substituídas pela ampliação espacial e temporal das sequências de causa e efeito, que são postas em movimento de práxis técnica. O saber, que deveria ter a mesma magnitude da dimensão causal do agir, torna-se um novo problema ético, centrado no reconhecimento de que existe uma lacuna entre a força de previsão das consequências do agir e o poder de agir, isto é, a capacidade de agir do ser humano é maior do que a capacidade de prever as consequências desse agir. Por isso, o reconhecimento da ignorância deve integrar o saber e a ética, a fim de que seja instituído um autocontrole sobre esse excessivo poder e de que a condição global da vida humana e o futuro da espécie tornem-se objeto de preocupação da ética.⁴⁰¹

Para Hans Jonas, a presença do homem no mundo deixou de ser um dado primário e indiscutível para se tornar, ela própria, objeto de um dever. Aceita-se como axioma universal a ideia de que o mundo adequado à habitação humana deve continuar existindo e habitado por uma humanidade digna desse nome. Impõe-se, pois, o dever de conservar este mundo físico de modo que as condições para a presença humana nele permaneçam

³⁹⁸ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e de Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora Puc-Rio, 2006, p. 35.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 36-37.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 41.

intactas, o que significa proteger a vulnerabilidade dos candidatos a um universo moral no mundo físico do futuro.⁴⁰² A ética para os novos tempos deve, pois, projetar-se sobre o futuro desconhecido e sobre os que ainda não existem, tendo como referência a vida do cosmos e tratando-se, por isso, de uma ética “biocêntrica” ou “cosmocêntrica”.⁴⁰³

Com base nessa reflexão, Jonas remete ao imperativo categórico de Kant⁴⁰⁴, afirmando-o insuficiente para lidar com os problemas postos pela sociedade tecnológica. Sustenta que o imperativo que diz “aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral” baseia-se na ideia de que a ação deve existir de modo que possa ser concebida como exercício geral da comunidade. Assim, o imperativo é fundado no “poder” ou “não poder” e nada impede que se possa querer o bem presente ao preço do sacrifício do bem futuro. Não há nenhuma contradição em si na ideia de que a humanidade cesse de existir às custas da felicidade das gerações presentes.⁴⁰⁵

O imperativo kantiano, fundado na ideia de uma autorregulação pelo indivíduo, concretizada, posteriormente, nos conceitos de autodeterminação e autonomia, foi pensado para uma época em que os efeitos da ação eram imediatos. A proposta de agir de modo a que possa tornar-se lei universal está baseada na ideia de que o autor da ação deva refletir posicionando-se no lugar de quem sofre a ação. Entretanto, como salienta Hans Jonas, esse raciocínio e, por consequência, o imperativo kantiano, não se aplica à sociedade tecnológica, em que os efeitos da ação podem ser sofridos por pessoas sequer nascidas no momento do ato. Logo, a ação tornar-se uma máxima universal em nada prejudica o sujeito atuante, já que os efeitos negativos dela serão sofridos a longo prazo.

Jonas propõe, portanto, um novo imperativo que seria adequado ao agir humano na sociedade tecnológica e voltado para o novo tipo de sujeito atuante: “aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra” ou “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer”. Para ele, o imperativo pode, também, ser expresso de

⁴⁰² JONAS, 2006, p. 44-45.

⁴⁰³ SANTOS, Robinson dos. O problema da técnica e a crítica à tradição na ética de Hans Jonas. In: SANTOS, Robinson dos; OLIVEIRA, Jelson; ZANCANARO, Lourenço (org). *Ética para a civilização tecnológica: em diálogo com Hans Jonas*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2011, p. 27.

⁴⁰⁴ Buscando construir uma ética da ação humana, Kant parte da noção de que o homem tem a capacidade de se autodeterminar, criando leis para si próprio. No entanto, a fim de compatibilizar essa autonomia com a moralidade, ele propõe que cada ser humano questione se o seu agir pode se tornar uma lei universal, traduzindo sua proposta em um imperativo categórico: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 51.

⁴⁰⁵ JONAS, op. cit., p. 47-48.

forma negativa: “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” ou “não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”.⁴⁰⁶

O novo imperativo é fundado na ideia de que não se pode arriscar a existência da humanidade. Ele difere-se do imperativo kantiano também por voltar-se mais às políticas públicas enquanto aquele era destinado ao indivíduo, convocando-o a ponderar sobre o que aconteceria se a máxima de sua ação fosse transformada em lei. Explica o autor:

O novo imperativo clama por outra coerência: não a do ato consigo mesmo, mas a dos seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro. E a “universalização” que ele visualiza não é hipotética, isto é, a transferência meramente lógica do “eu” individual para um “todos” imaginário, sem conexão causal com ele (“se cada um fizesse assim”): ao contrário, as ações subordinadas ao novo imperativo, ou seja, as ações do todo coletivo, assumem a característica de universalidade na medida real de sua eficácia. Elas “totalizam” a si próprias na progressão de seu impulso, desembocando forçosamente na configuração universal do estado de coisas. Isso acresce ao cálculo moral o horizonte temporal que falta na operação lógica e instantânea do imperativo kantiano: se este último se estende sobre uma ordem sempre atual de compatibilidade abstrata, nosso imperativo se estende em direção a um previsível futuro concreto, que constitui a dimensão inacabada de nossa responsabilidade.⁴⁰⁷

Hans Jonas não questiona a validade das éticas da simultaneidade e imediaticidade, mas apenas aponta a insuficiência delas para lidar com as novas dimensões do agir humano, que exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites e com as novas situações que se apresentam.⁴⁰⁸

Lembra o autor a importância de se considerar que, na era da técnica, na qual tais situações novas emergem como obra do *homo faber*, não é somente o domínio das coisas que está sujeito à ação humana. O próprio homem torna-se um objeto da técnica, conforme explicita o autor: “o *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto”.⁴⁰⁹ Em virtude desse novo poder, o agir humano adquire proporções maiores, demandando uma responsabilidade ampliada em relação ao tempo e aos sujeitos sobre os quais a ação produz efeitos.

⁴⁰⁶ JONAS, 2006, p. 47-48.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 48-48.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 57.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 57.

Para Jonas, o poder tecnológico transformou os exercícios hipotéticos da razão especulativa em esboços de projetos executáveis, isto é, o progresso nos impele para o domínio das utopias. Diante do excesso do nosso poder, é preciso uma nova espécie de humildade, em razão do nosso insuficiente poder de prever, conceder valor e julgar. O desconhecimento das consequências do novo agir impõe uma contenção responsável.⁴¹⁰

O autor considera, pois, como deveres da ética do futuro visualizar os efeitos de longo prazo e mobilizar o sentimento adequado à representação. Para ele, é necessário fazer uma projeção do futuro, fazendo com que o *malum* imaginado assumo o papel do *malum* experimentado. Assim, embora o destino dos futuros homens não afete a mim ou a qualquer outro ligado a mim por laços de amor ou de convívio direto, é preciso que se conceda aos homens futuros a mesma influência sobre nosso temor. Como segundo dever da ética proposta, então, está a disposição para se deixar afetar pela salvação ou pela desgraça das gerações vindouras.⁴¹¹ Argumenta o autor que, para fins de uma ética da responsabilidade em relação ao futuro, deve-se dar primazia ao mau prognóstico sobre o bom.

É a certeza do mal que se quer evitar e a incerteza do bem a ser alcançado que limita o exercício da liberdade. Institui-se, com isso, o dever de vislumbrar os efeitos de longo prazo das nossas ações, de modo que o mal imaginado sirva de base para o agir agora.⁴¹² Diante da impotência do nosso saber sobre o prognóstico de longo prazo, é necessário projetar os efeitos de longo prazo da ação e deixar prevalecer o mau prognóstico.

Além disso, defende o autor a existência de obrigação incondicional de existir por parte da humanidade, de modo que a nenhum estadista é dado o direito de renunciar a esse dever. A existência e a essência do homem não podem, para o filósofo, ser transformadas em apostas do agir, ainda que seja em prol de um bem, pois evitar o risco de um mal maior é o que deve prevalecer na ética da responsabilidade.⁴¹³

Ressalte-se, ainda, que há, nessa ética, um afastamento da reciprocidade, tradicionalmente considerada nas relações morais e jurídicas, segundo a qual meu dever é a imagem refletida do dever do outro. Impõe-se um dever de responsabilidade pela

⁴¹⁰ JONAS, 2006, p. 63-64.

⁴¹¹ Ibidem, p. 72.

⁴¹² SANTOS, 2011, p. 35.

⁴¹³ JONAS, op. cit., p. 86.

existência dos homens futuros, traduzido em imperativo de que deva existir a humanidade. Não se pode, por isso, arriscar a existência futura, porque o homem importa como ideia.

Trata-se, segundo Jonas, de uma responsabilidade diversa daquela por minha conduta, incidindo sobre o objeto que reivindica meu agir. O “porquê” da responsabilidade não está na minha ação, mas na esfera de influência do meu poder, dele necessitando ou por ele ameaçado. Em razão do poder, o sujeito torna-se responsável por aquele que lhe foi confiado.⁴¹⁴ Haja vista o imperativo de que a humanidade deve existir, assim a humanidade existente torna-se, então, responsável.

Ricoeur, embora reconheça a importância de se pensar a extensão da responsabilidade às futuras gerações, entende que a ética pensada por Hans Jonas deveria ser reformulada, pois a simples extensão do imperativo kantiano às futuras gerações não basta para solucionar o problema. Para ele, a negligência dos efeitos colaterais da ação a tornaria desonesta e a responsabilidade ilimitada a tornaria impossível. Assim, seria necessário encontrar um meio-termo entre a irresponsabilidade perante as consequências futuras da ação e uma responsabilidade infinita, impossibilitada pela própria incapacidade de previsão e pela falta de controle sobre os efeitos da ação.⁴¹⁵

Para Ricoeur, a extensão do alcance da responsabilidade no espaço e no tempo pode gerar um efeito inverso ao pretendido. Como o sujeito da responsabilidade torna-se inapreensível, eis que há várias causas do dano, diluídas entre vários agentes, e dada a distância temporal entre a ação prejudicial e seus efeitos nocivos, há um fortalecimento do polo da socialização dos riscos em detrimento do polo da imputação da ação.

Desse modo, propõe o autor que, ao invés de se oporem, as ideias de imputação e risco devem sobrepor-se e reforçar-se mutuamente em uma concepção preventiva da responsabilidade. De acordo com Ricoeur, quando se substituiu a ideia de reparação pela de precaução, o sujeito é de novo responsabilizado pelo chamado à virtude da prudência.⁴¹⁶ A ideia de responsabilidade deve abranger, portanto, não só a reparação dos danos causados, mas também a prevenção.

A proposta de Ricoeur consiste em que o sujeito da responsabilidade seja, tal como na teoria clássica, o causador do dano, mas que seja elaborado um novo imperativo categórico, de acordo com o qual deve-se agir de maneira preventiva, para garantir a continuidade da vida de outros seres humanos. Vicente Barreto esclarece que, em Ricoeur,

⁴¹⁴ JONAS, 2006, p. 167-168.

⁴¹⁵ RICOEUR, 2008, p. 59-60.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 60-61.

o princípio da solidariedade ganha conteúdo jurídico ao incorporar à ordem jurídica a dimensão da pessoa como agente moral, membro de uma coletividade e, assim, sujeito da vontade coletiva.

A ampliação do conceito de responsabilidade proposta por Hans Jonas e Ricoeur deve integrar a noção jurídica de responsabilidade, de forma a estendê-la ao futuro da humanidade. Portanto, ela extrapola os conceitos de imputação e atribuição, para abranger a responsabilidade por outrem, sendo aí incluídos os futuros seres humanos, cuja existência torna-se um dever positivo e negativo das pessoas atuais. Como bem observa Ricoeur, a ideia de se responsabilizar por outrem já existe do Direito, quando a responsabilidade é fundada não na conduta do agente, mas na sua obrigação de responder por outrem. O que se propõe é a maior abrangência dessa responsabilidade, no sentido de incluir as pessoas futuras.

A dificuldade de enxergar nas futuras gerações seres titulares de direito é própria de um Direito pensado e construído para um tempo que já não mais existe, para um tempo em que o homem tinha um poder limitado sobre si, sobre a natureza e sobre o futuro, e apenas habitava a terra, fazendo uso dos recursos disponíveis. A biologia, antes dedicada ao conhecimento e à compreensão do funcionamento orgânico dos seres vivos, agora pretende a intervenção e a manipulação desses organismos.

A ideia de se responsabilizar pelas futuras gerações parece, de fato, abstrata e distante, no que concerne à reparação do dano, principal consequência jurídica da responsabilidade. Mas, como afirmaram Jonas e Ricoeur, as novas situações que a sociedade tecnológica apresenta modificam o agir humano e suas consequências. Prender-se a um conceito jurídico tradicional de responsabilidade, baseado na reparação do dano, pode representar uma escolha prejudicial ao meio ambiente e às gerações futuras.

Tanto do ponto de vista moral, quanto do ponto de vista jurídico, é preciso pensar que a manutenção da vida no planeta pode ser erigida à condição de bem jurídico tutelado pelo Direito, de modo que as ações atuais sejam balizadas pela ideia de prevenção como corolário da nova teoria da responsabilidade proposta.

A responsabilidade jurídica, então, inicialmente fundada na culpa, abandonou-a ao verificar a inadequação desse elemento ao advento da indústria e dos riscos que ela cria. Agora, a teoria da responsabilidade vê-se inadequada a lidar com a biotecnologia e com os atos sobre o meio ambiente, podendo ambos gerar repercussões muitos anos depois de praticados, tornando impossível ou muito difícil a imputação da conduta ao autor ou a

reparação do dano. Assim, Ricoeur, com amparo em Jonas, propõe uma nova concepção da responsabilidade jurídica, fundada não apenas na ideia de reparação do dano, mas também na ideia de prevenção. Evitar os danos futuros seria elemento da responsabilidade jurídica.

Essa nova concepção de responsabilidade, ampliada, pode ser aplicada também ao gestor público e ao legislador, os quais, no exercício de sua função, devem antecipar e evitar por meio de leis restritivas e de políticas públicas os danos futuros. Tal percepção foi pensada no que se convencionou chamar princípio da precaução.

2.2 O princípio da precaução e o legislador

O princípio da precaução nada mais é do que a aplicação da prudência ao uso das tecnologias que podem causar dano às pessoas e ao meio ambiente. Para definir e explicar o princípio, Roberto Andorno utiliza o conceito clássico de prudência de Aristóteles como sabedoria prática – *phronesis*, que está preocupada com o saber particular, com questões contingentes e mutáveis – em oposição à sabedoria teórica – *sophia*, que está preocupada com as verdades universais e com o conhecimento geral. Embora o papel da prudência seja mais modesto, é igualmente importante e fornece uma estrutura conceitual útil para a compreensão do princípio da precaução.⁴¹⁷

De acordo com Andorno, não se pode definir de forma precisa a prudência, pois lida com questões contingentes e situações novas, que exigem respostas diferentes entre si e diferentes daquelas já adotadas. Por essa razão, estabelecer as ações que fazem de alguém prudente é impossível, mas se pode definir a pessoa prudente como aquela que, devendo escolher entre mais de uma ação, é capaz de deliberar adequadamente sobre o que deve ser feito para que seja atingido um fim bom.⁴¹⁸ Trata-se daquele que tem discernimento para avaliar a melhor conduta a tomar diante de uma dada situação nova.

A prudência, ensina Maria Helena Damasceno e Silva Megale, é virtude exercitada tanto em benefício do aperfeiçoamento de quem a pratica, quanto para o bem dos outros. Quem age com prudência ampara-se na razão prática e age com sabedoria em busca do fim comum de toda a vida humana, deliberando acertadamente sobre uma dada

⁴¹⁷ ANDORNO, Roberto. The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age. *Journal of international biotechnology law*, v 1, Issue 1, p. 11–19, 2004, p. 11.

⁴¹⁸ Loc cit.

situação.⁴¹⁹ Está a prudência vinculada à precaução, a fim de que sejam evitados os males, que impedem os atos virtuosos. Para a autora, a prudência é relevante no Direito sobretudo no que se refere às decisões do legislador e do juiz que, no exercício da função institucional que lhes cabe, atingem a liberdade alheia.⁴²⁰

Lembra Andorno que, para Aristóteles, a política é considerada uma importante forma de prudência, haja vista ser direcionada ao bem comum da sociedade e não apenas aos interesses individuais. É, pois, a prudência política que permite às autoridades a avaliação das vantagens e desvantagens de cada ação, para tomar a decisão mais adequada ao problema.⁴²¹

A prudência política está relacionada ao princípio da precaução porque se espera da autoridade política que tome decisões sobre produtos ou atividades específicas quando há uma suspeita, embora ainda não confirmada, de que eles ofereçam risco ao público.⁴²² Cabe, pois, à autoridade política confrontar riscos e benefícios a fim de decidir sobre a aplicação ou não de limites às novas tecnologias.

O princípio da precaução corresponde à determinação de que as autoridades públicas adotem condutas pautadas pela prudência, sobretudo no que concerne às atividades e produtos novos, cuja segurança ainda não restou estabelecida. Sua aplicação é relevante na sociedade tecnológica em que a velocidade das invenções e do poder de intervenção sobre o homem e a natureza não permitem a constatação dos riscos antes de já verificados os danos desses novos artefatos. Como afirma Hans Jonas:

O grande empreendimento da tecnologia moderna, que não é nem paciente nem lento, comprime – como um todo e em muitos de seus projetos singulares – os muitos passos minúsculos do desenvolvimento natural em poucos passos colossais, e com isso despreza a vantagem daquela marcha lenta da natureza, cujo tatear é uma segurança para a vida. À amplitude causal se acrescenta, portanto, a velocidade causal das intervenções tecnológicas na organização da vida. O fato de “tomar o seu desenvolvimento em suas próprias mãos”, isto é, de substituir o acaso cego, que opera lentamente, por um planejamento consciente e de rápida eficácia, fiando-se na razão, longe de oferecer ao homem uma perspectiva mais segura de uma evolução bem-sucedida, produz uma incerteza e um perigo totalmente novos.⁴²³

⁴¹⁹ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, p. 71-104, 2008, p. 84.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 86-89.

⁴²¹ ANDORNO, Roberto. The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age. *Journal of international biotechnology law*, v 1, Issue 1, Pages 11–19, 2004, p. 11.

⁴²² *Loc. cit.*

⁴²³ JONAS, 2006, p. 77.

Esse desafio de lidar com riscos incertos está, de acordo com Andorno, cada vez mais presente devido ao acelerado desenvolvimento tecnológico, que cria um enorme potencial de efeitos nocivos sobre a saúde pública ou o meio ambiente, com impacto possivelmente global. Para o autor, diante da possibilidade de graves efeitos danosos, como, por exemplo, na utilização da técnica ICSI⁴²⁴, suspeita de causar esterilidade nas crianças concebidas, no xenotransplante, na clonagem humana e na possibilidade de modificação do genoma humano, devem-se adotar medidas de precaução, antes mesmo da conclusão científica definitiva sobre os danos de fato causados.⁴²⁵

O princípio da precaução impõe, assim, um dever de cautela. Ante a inexistência de provas da segurança de um determinado produto ou atividade e aos riscos de que cause prejuízo ao ser humano ou ao meio, os responsáveis pelas decisões políticas devem adotar uma postura prudente, a fim de evitar danos futuros. A aplicação do princípio pressupõe uma visão global de nossa responsabilidade sobre a humanidade, a fim de que seja resguardado o meio ambiente necessário à sobrevivência e a própria existência humana.

Ressalte-se que o princípio da precaução deve ser distinguido do princípio da prevenção. Enquanto neste último os riscos são conhecidos e previsíveis, devendo ser evitados, o cabimento do princípio da precaução se dá quando os riscos são desconhecidos e imprevisíveis, isto é, quando não há certeza científica sobre a segurança da prática e o alcance dos potenciais danos. Ambos os princípios surgiram no âmbito do direito ambiental, a fim de que as ações sobre o meio ambiente sejam pautadas pelo objetivo de minimizar os danos causados. No entanto, tal como o fez Roberto Andorno, entende-se que o princípio da precaução é aplicável também às biotecnologias.

A Comunicação da Comissão Européia relativa ao princípio da precaução dispõe que o recurso ao princípio pressupõe o reconhecimento de efeitos potencialmente perigosos decorrentes de uma atividade, de um produto ou de um processo e a ausência de determinação científica dos riscos com suficiente segurança. Diante desse grau de incerteza, impera a responsabilidade política de deliberar qual é o grau de perigo

⁴²⁴ Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides é técnica utilizada para superação da infertilidade masculina e consiste na introdução mecânica do espermatozoide dentro do óvulo. BADALOTTI; TELÖKEN; PETRACCO, 1997, p. 621.

⁴²⁵ ANDORNO, 2004, p. 12.

“aceitável” para a sociedade. A dimensão do princípio ultrapassa, pois, os riscos de curto ou médio prazo, tendo como objetivo o bem-estar das gerações futuras.⁴²⁶

Originário do programa alemão de proteção ambiental de 1971, o princípio da precaução foi abrigado, inicialmente, pelas leis alemãs de proteção ao meio ambiente, e, posteriormente, adotado por outros ordenamentos jurídicos europeus não apenas para tratar questões ambientais, mas também para questões de segurança alimentar e de saúde pública.⁴²⁷ Desde então, passou a integrar documentos internacionais sobre proteção ambiental⁴²⁸.

O princípio da precaução, para Hugh Lacey, representa “uma posição que pode ser tomada com respeito à aplicação do conhecimento tecnocientífico”⁴²⁹. Esclarece o autor que a aplicação do princípio, de um lado, torna necessário que se façam avaliações da gravidade dos riscos dos resultados científicos, recomendando cautela na aplicação tecnológica desses resultados, mas de outro, deve considerar a importância da investigação científica em áreas pouco pesquisadas.⁴³⁰

Para Lacey, o princípio da precaução não impede o desenvolvimento científico. Ao contrário. Tem a importante função de dificultar a inserção de valores sociais e políticos na ciência, que a subordinam aos interesses de corporações e governos. O instituto reforça valores prezados pela comunidade científica, como a imparcialidade, a neutralidade – que pressupõe a impossibilidade de inferência de juízos éticos fundamentais a partir dos resultados científicos – e a autonomia – de acordo com a qual as decisões sobre a metodologia científica adequada não devem refletir perspectivas éticas particulares.⁴³¹

O maior mérito do princípio, para Andorno, é refletir, eficientemente, a preocupação pública acerca da necessidade de proteção da saúde e do meio ambiente em face dos interesses comerciais imediatistas na escolha das alternativas tecnológicas,

⁴²⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Comunicação da Comissão Européia relativa ao princípio da precaução. 04 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>. Acesso em: 22 de março de 2016.

⁴²⁷ ANDORNO, 2004, p. 13.

⁴²⁸ Exemplificativamente, o princípio foi adotado pela *Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea*, em Londres em 1997, pela *Bergen Declaration on Sustainable Development*, em 1990, pela Declaração do Rio, em 1992, e pelo Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidade, no ano 2000.

⁴²⁹ LACEY, Hugh. O princípio de precaução e a autonomia da ciência. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. *Scientiæ Zudia*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 373-92, 2006, p. 374.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 374.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 376.

desafiando, com isso, a hegemonia da análise custo-benefício, que desconsidera o bem comum presente e futuro.⁴³²

O princípio, no entanto, é uma cláusula aberta, eis que não apresenta conteúdo definido, mas apenas uma determinação visando evitar a possível ocorrência de danos. Em virtude dessa natureza aberta, para a adoção de medidas de precaução, devem estar presentes as seguintes condições: incerteza e avaliação científica do risco, dano grave ou irreversível, proporcionalidade das medidas e a inversão do ônus da prova.⁴³³

O autor esclarece ser necessário distinguir entre medidas de precaução e medidas preventivas. Para ele, o princípio extrapola a prevenção ao exigir dos administradores a previsão de possíveis riscos antes de sua ocorrência e antes mesmo que haja provas científicas de um prejuízo futuro. Enquanto as medidas preventivas são adotadas para evitar um risco atual e já conhecido, as medidas de precaução devem ser empregadas diante de um risco potencial de dano, isto é, não demonstrado, ainda, por evidência científica.

Todavia, a despeito da incerteza do risco, para a adoção de medidas de precaução, Andorno enfatiza a necessidade de uma base científica para a pressuposição do futuro dano. Deve haver, pois, uma boa razão para crer que os efeitos danosos possam ocorrer à saúde ou ao meio ambiente. O autor reconhece a existência de uma tênue linha entre a precaução razoável e a precaução excessiva, que deixa margem para uma tomada de posição subjetiva, mas salienta, como forma de evitar o uso inadequado das medidas de precaução, a necessidade de que aqueles responsáveis por avaliar o risco sejam diferentes dos responsáveis por tomar a decisão final de política pública.⁴³⁴

Ressalte-se que a aplicação do princípio é restrita às situações em que há risco de dano grave ou irreversível. Desse modo, a extensão do dano possível deve justificar a adoção de medidas de precaução. De acordo com Andorno, o dano grave é aquele que afeta a vida e a saúde dos indivíduos, os recursos naturais vitais, a preservação da espécie, o clima e o equilíbrio do ecossistema, e irreversível aquele que envolve recursos ambientais insubstituíveis ou que somente podem ser restaurados após um longo tempo e dispêndio de recursos.

Conforme dispõe a Comunicação da Comissão Européia relativa ao princípio da precaução, sempre que se considerar necessária uma atuação do poder público, diante de

⁴³² ANDORNO, 2004, p. 16.

⁴³³ Loc. cit.

⁴³⁴ Ibidem, p. 17.

um risco considerado inaceitável, as medidas de precaução a serem observadas devem ser proporcionais à proteção determinada, não discriminatórias, coerentes com outras medidas já tomadas, baseadas em uma análise das potenciais vantagens e dos encargos da atuação, sujeitas à revisão em virtude de novas pesquisas científicas e capazes de inverter o ônus da prova quanto à segurança da atividade ou produto.⁴³⁵

As medidas devem ser proporcionais ao grau de proteção pretendido, levando em consideração o benefício da tecnologia avaliada e os riscos potenciais imediatos e de longo prazo. Devem ser aplicadas de forma a não tratar igualmente situações diferentes ou tratar desigualmente situações semelhantes. É importante, também, que elas sejam coerentes com outras medidas tomadas em situações semelhantes e que sejam determinadas com base em uma análise entre as consequências positivas e negativas da atuação e da ausência de atuação. Finalmente, devem ser reexaminadas sempre que houver novos dados científicos sobre os riscos do produto ou da atividade.⁴³⁶

Andorno salienta que o critério da proporcionalidade ao risco e ao impacto na sociedade vai além da clássica análise custo-benefício, incluindo os sacrifícios sócio-econômicos requeridos pela medida, a eficácia de possíveis alternativas e a aceitabilidade pelo público. Assim, a prevalência sobre a proteção da saúde e do meio ambiente não pode excluir considerações sobre os custos sociais de determinadas proibições. Tais elementos devem ser levados em conta conjuntamente na tomada de decisões em políticas públicas.⁴³⁷

Acrescente-se, finalmente, que o princípio da precaução inverte o ônus da prova sobre o potencial danoso da ação ou do produto. Tradicionalmente, a vedação ou limitação do uso de produtos ou do exercício de determinada atividade estava condicionada à demonstração efetiva do seu prejuízo pelas autoridades públicas. O princípio da precaução, no entanto, inverte essa lógica, transferindo o ônus da prova para o explorador da atividade potencialmente danosa, a quem cabe, pois, realizar a avaliação de risco e comprovar um nível aceitável de segurança a partir dos danos obtidos. A inversão do ônus da prova destina-se, portanto, a fazer com que os interessados desempenhem um papel mais ativo nos esforços para minimizar os riscos causados por suas atividades.⁴³⁸

⁴³⁵ UNIÃO EUROPÉIA. Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução de 04 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>. Acesso em: 22 de março de 2016.

⁴³⁶ Ibidem

⁴³⁷ ANDORNO, 2004, p. 18.

⁴³⁸ Ibidem, p. 19.

O princípio da precaução é, assim, um apelo à prudência dos governantes no que concerne às decisões sobre produtos ou atividades danosos à saúde pública ou ao meio ambiente. Embora não ofereça uma solução predeterminada aos problemas suscitados pelo desenvolvimento científico, representa um critério para a tomada de decisões.⁴³⁹

A Comissão Européia recomenda, nessa tomada de decisões, a busca do equilíbrio entre as liberdades e direitos dos indivíduos e das empresas e a necessidade de reduzir ou eliminar os riscos de efeitos nocivos para o ambiente ou a saúde. O processo de decisão deve, para isso, ser estruturado com informações detalhadas e ocorrer por meio da avaliação dos riscos, da seleção da estratégia de gestão dos riscos e da comunicação desses. As medidas a serem adotadas devem basear-se na avaliação científica dos potenciais efeitos nocivos que conclua pela existência de perigo para o meio ambiente e para a saúde, abrangendo a extensão dos possíveis danos, sua persistência, a reversibilidade e os efeitos retardados.⁴⁴⁰

Tal princípio aplica-se, pois, ao administrador público e ao legislador que, no exercício de suas funções, devem considerar os potenciais riscos dos novos produtos ou atividades, ponderando-os com os benefícios, a fim de, com base na prudência, decidir se os riscos são aceitáveis ou não. Nessa análise, invoque-se a afirmação de Hans Jonas: a ninguém é dado arriscar a existência da humanidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução encontra amparo em tratados internacionais, dos quais o país é signatário, como na Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 1992, e no Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. Este propõe que, no exercício da atividade de manipulação e uso de organismos vivos modificados, evitem-se ou reduzam-se os riscos para a diversidade biológica e para a saúde humana.⁴⁴¹

Na era da tecnologia e da biotecnologia, o poder da ciência alcançou proporções que impedem o vislumbre do futuro. O acelerado desenvolvimento científico não é acompanhado por uma adequada reflexão sobre os usos desse conhecimento, nem

⁴³⁹ ANDORNO, 2004, p. 19.

⁴⁴⁰ UNIÃO EUROPÉIA. Comunicação da Comissão Européia relativa ao princípio da precaução de 04 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>. Acesso em: 22 de março de 2016.

⁴⁴¹ PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSSEGURANÇA. Montreal, janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/biosseguranca/_arquivos/71_28112008022557.pdf>. Acesso em 22 de março de 2016.

tampouco sobre as possíveis consequências futuras. O imediatismo, característico da sociedade que ingressa no século XXI, torna ainda mais difícil a tarefa de pensar o futuro e de ponderar os riscos e benefícios do desenvolvimento tecnológico, não se podendo prescindir de tal tarefa.

Ao legislador, a quem interessam várias questões tratadas no presente trabalho, incumbe, pois, atuar com prudência ao dispor sobre as novas tecnologias, especialmente aquelas que concernem à saúde. No âmbito da reprodução assistida, deve-se pesar os riscos da técnica em contraposição aos benefícios que proporciona para, a partir disso, fixar os limites ao acesso às tecnologias reprodutivas e à manipulação do embrião.

Não há dúvidas de que a reprodução assistida proporciona um grande benefício à sociedade, devendo, por isso, ser permitida. Contudo, abrange um conjunto de técnicas que podem representar riscos futuros. A criopreservação, técnica destituída de qualquer princípio ético, por impossibilitar a perspectiva de milhares de embriões de continuarem o desenvolvimento, aliada à seleção embrionária com fundamento no diagnóstico pré-implantacional, constitui técnicas potencialmente danosas. Além disso, intervenções sobre a constituição genética dos organismos vivos e sobre o ser humano apresentam riscos potenciais de alcance desconhecido e imprevisíveis, pois o ineditismo das técnicas impede a projeção dos efeitos na natureza desses organismos geneticamente modificados.

Enfim, são muitos os riscos a serem analisados e ponderados pelo legislador com o auxílio de dados científicos e reflexões éticas já realizados. As decisões para a disciplina da reprodução assistida não podem ser tomadas com base em argumentos políticos ou ideológicos, sobretudo fundados em uma ideologia do bem da ciência, mas devem ser objeto de ponderação e de uma decisão responsável que considere a gravidade dos riscos em questão.

Para Leticia Möller, as ideias de “princípio esperança” de Ernst Bloch e do princípio responsabilidade do Hans Jonas tendem a complementar-se mutuamente, intercomunicando-se e enriquecendo-se, a fim de integrar uma linha de ação que procure o equilíbrio entre posturas autoritárias.⁴⁴² Para ela, a bioética e o direito devem buscar uma via de equilíbrio entre posicionamentos extremos que, ora defendem a ausência de

⁴⁴² MÖLLER, Leticia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: Os Rumos da Bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41.

regulação e uma liberdade sem limites, ora defendem a regulação total, com espaço de liberdade muito restrito.⁴⁴³

Essa via de equilíbrio entre os princípios da esperança, liberdade e responsabilidade passaria pela conciliação entre a análise cautelosa e consciente dos riscos possivelmente envolvidos na prática científica. Reconhece a autora a necessidade de construção de uma regulação para as pesquisas científicas e suas aplicações, mas, ao mesmo tempo, considera o pluralismo cultural como um fato e um valor, isto é, parte da existência de uma diversidade de doutrinas morais, tradições e concepções de bem particulares, considerando-a algo desejável no âmbito das sociedades.⁴⁴⁴

Desse modo, devem ser ponderados os benefícios das técnicas de reprodução assistida, a fim de se permitir sua melhor aplicação. No entanto, deve-se, também, pesar os riscos de algumas decisões, que podem refletir até mesmo sobre a existência humana. Grande parte das intervenções no genoma humano é realizada em embriões gerados por meio da reprodução assistida. Uma lei que discipline a reprodução assistida não pode se quedar alheia a questões de tal relevância. Incumbe ao legislador, portanto, um papel de muita responsabilidade e, dado o pouco conhecimento que se tem sobre os efeitos futuros dessas intervenções, é imperiosa a aplicação do princípio da precaução, com os requisitos e condições expostos.

2.3 Responsabilidade, precaução e futuras gerações

Para Aurelio Peccei, foi o homem moderno, com seu rigor científico e com a capacidade de desmistificar o que era fantasioso, que mudou a essência do futuro. Pelos seus conhecimentos do próprio *habitat* e dos fenômenos naturais, o homem tenta desvendar o futuro, esquematizando-o e prevendo-o, e, quando se depara com uma grande quantidade de riscos, dedica-se a encontrar meios de controlá-los ou encobri-los. É assim, segundo o autor, que multiplica remédios, armazena trigo, busca informações sobre tudo que lhe interessa, prevê o tempo e desenvolve uma política de previdência social.⁴⁴⁵

Todavia, para Peccei, o homem, em busca de segurança, armou uma armadilha para si próprio, pois, embora esteja em condições de prever, em parte, o futuro próximo, protegendo-se contra alguns acasos, os progressos feitos para isso têm, a longo prazo, um

⁴⁴³ MÖLLER, 2009, p. 42.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 43.

⁴⁴⁵ PECCEI, 1981, p. 12.

efeito contrário. Além disso, pontua o autor que, adotando a razão da ciência, o homem afasta-se da filosofia, da ética e da fé, sem as quais ele segue, sem questionar, todos os caminhos que o poder lhe abre, tornando o futuro imprevisível.⁴⁴⁶ Na conclusão do autor, tendo o homem moderno se tornado o agente principal das mudanças, o futuro é um produto e uma exclusividade dele.⁴⁴⁷

Os novos conhecimentos científicos e biotecnológicos, observa Letícia Möller, tornam possível o desenvolvimento de fármacos, tratamentos e procedimentos médicos, em um cenário de veloz concretização de anseios – como o alívio da dor, a superação da infertilidade, a cura de doenças, o prolongamento da vida. No entanto, tal cenário gera questionamentos sobre a atuação científica e os usos dos resultados das pesquisas, ensejando reflexões sobre o rápido progredir da ciência e suas consequências sobre a vida. Assim, diante dos riscos criados pelo uso arbitrário dos novos conhecimentos, emerge uma noção particular de responsabilidade: “a responsabilidade do cientista para com a sociedade e a responsabilidade da sociedade de hoje para com a sociedade de amanhã (das gerações presentes para com as gerações futuras)”.⁴⁴⁸

O futuro da humanidade, ensina Hans Jonas, é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na civilização técnica.⁴⁴⁹ À medida que aumenta o poder humano de intervenção na natureza e na sua própria natureza de maneira determinante e irreversível, incrementa a respectiva responsabilidade sobre suas ações, a qual deve abranger um dever de não causar danos às futuras gerações.

Sobre a responsabilidade em relação às futuras gerações, afirma Hottois:

Técnica, futuro e ética formam uma constelação nova que se exprime na consciência cada vez maior da nossa responsabilidade em relação ao futuro, mais exactamente a respeito do tipo de futuro que iremos produzir por meio da técnica, por exemplo, esgotando ou não certos recursos planetários, escolhendo determinado tipo de energia, ou tolerando esta ou aquela forma de manipulação genética.⁴⁵⁰

Na Conferência Geral da UNESCO, realizada em outubro de 2005, os países-membros adotaram a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de cujo

⁴⁴⁶ PECCEI, 1981, p. 12-13.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 15.

⁴⁴⁸ MÖLLER, 2009, p. 24-25.

⁴⁴⁹ JONAS, 2006, p. 229.

⁴⁵⁰ HOTTOIS, Gilbert. *O paradigma bioético*. Tradução de Paula Reis. Lisboa: Edições Salamandra, 1990, p. 59.

texto consta a necessidade de que sejam tomadas em consideração as repercussões das ciências da vida sobre as gerações futuras, nomeadamente sobre sua constituição genética. Determina, ainda, a Declaração que seja feita a avaliação e a gestão apropriada dos riscos das novas tecnologias associadas às ciências da vida.⁴⁵¹

A preocupação com as futuras gerações já havia sido consagrada na Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, adotada em 1997 pela Conferência Geral da Unesco, de cujo texto consta, no art. 1º, a responsabilidade das gerações presentes de garantir que as necessidades e os interesses das gerações presentes e futuras sejam plenamente salvaguardados. Dispõe, no art. 3º, que as gerações presentes devem esforçar-se para assegurar a manutenção e a perpetuação da humanidade, com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, bem como estabelece, no art. 6º, que o progresso científico e tecnológico não deve, de forma alguma, prejudicar ou comprometer a preservação da espécie humana e de outras espécies.⁴⁵²

Com efeito, as novas biotecnologias tornam possível um conjunto de tratamentos médicos para enfermidades que, até então, representavam grandes desafios à ciência. Na seara da reprodução, os benefícios, como já reiterado neste trabalho, são inegáveis. Possibilitar a um casal infértil conceber e gerar o próprio filho é uma vantagem notável da técnica que merece os devidos aplausos. Entretanto, a técnica cria riscos difíceis de serem dimensionados e, até mesmo, previstos em uma proporção verossímil.

A descoberta da genética, pode-se dizer, foi uma revolução científica. Talvez a maior, mais assustadora e mais promissora. A possibilidade de modificação das características biológicas de cada ser vivo transforma as verdades das ciências da natureza em proposições passíveis de desfazimento em curto prazo. A existência de seres híbridos, que fogem às características da espécie, a supressão ou inserção de genes que modificam o genoma e a clonagem são algumas possibilidades atuais da técnica que estremecem as, até então, sólidas bases do conhecimento. Enquanto os pesquisadores agitam-se, ansiando pela ampla liberdade de pesquisa, a sociedade, ainda atordoada com tantas e tão repentinas descobertas, oscila entre o receio e a esperança.

Diante dos sérios riscos que as novas biotecnologias apresentam, pensar em proteger a natureza e as futuras gerações é necessário. Se tantos danos ambientais foram

⁴⁵¹ UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016.

⁴⁵² UNESCO. Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016.

causados pelo homem quando nem sequer podia modificar a natureza dos seres vivos, não é difícil imaginar a potencialidade da engenharia genética para causar efeitos negativos sobre o meio ambiente e os seres humanos. O perigo de danos graves e futuros que se tornarão irreparáveis demanda que a responsabilidade jurídica abra-se a uma nova face, que abrange o dever de precaução. Assim, não mais apenas a reparação integraria o conceito de responsabilidade, mas também a ideia de que os danos devem ser previstos e evitados.

Demonstrou-se, em tópicos antecedentes, que a noção jurídica tradicional de responsabilidade não atende adequadamente ao novo agir humano, cujos efeitos propagam-se por muitos anos e, dificilmente, podem ser reparados. A extensão da responsabilidade para abranger a responsabilidade pelas futuras gerações é uma proposta que pretende chamar a responder hoje aquele que pratica uma ação de risco futuro.

No entanto, não basta que se determine aos particulares a prevenção de danos futuros. É preciso, também, que o Estado, dentro dos limites do seu poder, aja para prevenir tais danos. Uma primeira esfera de ação deve ser por meio da lei. Legislar sobre as novas tecnologias e, em especial, sobre as novas tecnologias reprodutivas é tarefa árdua não apenas pela pluralidade moral existente e pelas questões éticas e religiosas envolvidas. A tomada de decisões sobre a licitude ou não de algumas técnicas pode ser determinante de vantagens ou desvantagens futuras.

A responsabilidade, no sentido proposto por Jonas e Ricoeur, atua de modo diferente sobre as várias esferas da sociedade. No entanto, existe, em todas, um dever jurídico de precaução, de evitar danos futuros, ainda que tais danos somente se verifiquem após a morte do causador. Há, assim, uma responsabilidade pela prevenção desses danos. O poluidor que emite gases acima do permitido não está causando danos imediatos à população, mas pode ser condenado a praticar ações tendentes a reduzir os efeitos da poluição na atmosfera. A despeito de não se tratar, propriamente, de uma reparação do dano, a imposição de conduta que contribui para o reestabelecimento do meio ambiente presta-se como sanção e como prevenção.

O modo de vida atual, caracterizado por um imediatismo e pelo estado hipnótico provocado pela técnica, parece dispensar o homem de preocupar-se com o futuro distante.⁴⁵³ Entretanto, quando se busca um afastamento desse entrelace técnica-desenvolvimento, observa-se que o futuro parece, hoje, mais incerto do que parecia há

⁴⁵³ SANTOS, 2011, p. 34.

alguns anos. Pensar a existência das futuras gerações como um bem jurídico a ser tutelado é uma importante decorrência do reconhecimento de que há um direito da humanidade de existir e de que, pela sua consecução, respondem todos os seres humanos atuais.

Tendo em vista a dificuldade de constatar os danos futuros, mas a existência de uma séria avaliação científica sobre a real possibilidade de que eles ocorram, torna-se necessário adotar as medidas de precaução. Não se pode, assim, a pretexto de uma liberdade ilimitada, defendida por muitos daqueles que estudam a bioética – que, no entanto, sequer encontra respaldo jurídico – permitir toda e qualquer conduta médica possível ou intervenção sobre o ser humano. A imposição de limites às práticas de reprodução assistida pelo legislador é necessária para que sejam, como já reiterado neste trabalho, resguardados os direitos de todos os envolvidos, mas também para que sejam resguardados os interesses das futuras gerações.

Assim, não se deve, no âmbito da reprodução assistida apenas garantir a liberdade de ação e, diante de algum dano, responsabilizar o causador. A possibilidade de danos futuros irreversíveis gera a necessidade de intervenção do Direito para evitar o risco de tais danos, ainda que não suficientemente demonstrado.

Tratou-se, em outra oportunidade, da responsabilidade como uma diretriz para a bioética, quando então foram aplicadas a ética da responsabilidade de Levinás e o princípio responsabilidade de Hans Jonas para defender a ideia de que a noção de responsabilidade deve transcender o conceito jurídico de imputação e consagrar-se como um princípio ético.⁴⁵⁴ Neste trabalho, vai-se além. Defende-se que essa nova percepção da responsabilidade deve integrar a noção jurídica, tornando-se norma exigível.

Na nova ideia de responsabilidade, não parece ser determinante a distinção apresentada por Ricoeur de que, no plano jurídico, o agente se responsabiliza pelos efeitos da sua ação, ao passo que, no plano moral, ele responsabiliza-se por outro ser humano. Ambos estão unidos na ideia de que todos somos responsáveis pelas futuras gerações e por não lhes prejudicar a existência. Tal responsabilidade, consoante afirma Júlio Zini, tem como escopo a valorização da pessoa humana em sua integralidade e a efetivação da dignidade humana, consagrando, pois, a não-instrumentalização do ser humano e a

⁴⁵⁴ MADEIRA, Juliana de Alencar Auler. A responsabilidade como diretriz na bioética. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (org.). *Temas de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013.

observância dos limites que determinam a abstenção de riscos à natureza humana e à humanidade.⁴⁵⁵

A ideia de responsabilidade que se propõe como uma das premissas do tratamento legal da reprodução assistida é distinta, assim, da responsabilidade civil no sentido tradicional, centrada no dever de reparar o dano causado. A noção proposta neste capítulo aproxima-se da responsabilidade moral, trazendo, porém, esse conceito para o campo do direito. Perpassa, assim, uma ideia de precaução aplicável tanto ao legislador, quanto aos médicos e cientistas que fazem uso da técnica. Mais do que reparar o dano causado, haja vista a possibilidade de danos futuros, muitas vezes irreparáveis ou, ainda que reparáveis, tão prolongados no tempo que impossibilitam a reparação pelo causador, a ideia de responsabilidade deve abranger o dever de evitar o dano. Trata-se da responsabilidade como prudência, como precaução e como dever perante as futuras gerações.

⁴⁵⁵ ZINI, Júlio César Faria. Bioética: a responsabilidade no agir tecnológico e o respeito absoluto à dignidade humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 219-260, jan./jun. 2011.

3. O SER X O DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO: UMA NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO

3.1 O paradoxo do desenvolvimento científico no âmbito da biomedicina

O interesse do homem em conhecer é, talvez, tão antigo quanto sua própria racionalidade. Embora se refira à ciência como um fenômeno recente, a curiosidade humana sobre o funcionamento da natureza e do corpo remonta a tempos bem mais distantes, em que as explicações para os fenômenos naturais eram dadas por meio de mitos e metáforas e, com frequência, atribuídas à vontade dos Deuses.

Durante a Idade Antiga, os gregos dedicaram-se ao estudo da natureza, a fim de conhecer seu funcionamento. O conhecimento, porém, era proveniente ora da observação, ora da presunção baseada na tradição. Lembra Bertrand Russel que Aristóteles afirmava terem as mulheres menos dentes do que os homens, mas nunca lhe ocorreu verificar a afirmação contando-os.⁴⁵⁶

A ciência, como a conhecemos na atualidade, é fenômeno recente, que coincide, historicamente, com a chamada Idade Moderna. Apesar das descobertas que a antecederam, sobretudo nos campos da química e da física, entre elas a de que a Terra é redonda, foi a invenção da máquina a vapor que deu início a um período de grandes transformações. Nesse breve período, que não chega a trezentos anos, a ciência, conforme observa Russel, demonstrou tratar-se de uma força revolucionária incrivelmente poderosa e revelou estar apenas no início de sua ação transformadora da vida humana.⁴⁵⁷

A intervenção da ciência na sociedade é ampla e variada. Além dos efeitos diretos da evolução no conhecimento, há, também, efeitos sobre a organização social, sobre a indústria, a guerra e sobre a cultura popular, com a eliminação de crenças e a adoção de outras sugeridas pelo método científico.⁴⁵⁸ Foi o desenvolvimento científico que provocou a decadência da crença em presságios e feitiçarias, bem como que introduziu uma nova visão de mundo no século XVIII, chamada de mecanicista.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ RUSSELL, Bertrand. *O impacto da ciência na sociedade*. Tradução de Antônio Cirurgião. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 15.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 09.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 09-10.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

Em meados do século XVIII, a ciência moderna, após a revolução científica do século XVI, proporcionada por Copérnico, Galileu e Newton, abandonava os cálculos esotéricos e transformava-se na base para uma notável transformação técnica e social.⁴⁶⁰ O modelo de racionalidade adotado a partir da revolução científica do século XVI desenvolveu-se, primordialmente, de acordo com Boaventura Souza Santos, no domínio das ciências naturais, estendendo-se às ciências sociais apenas no século XIX. Essa nova racionalidade, como modelo global, caracterizava-se pela rejeição de duas formas de conhecimento não-científico: o senso comum e as humanidades, entre as quais, estavam inclusas a filosofia e o direito. Caracterizava-se, igualmente, pela negação do caráter racional às formas de conhecimento não pautadas pelos seus princípios epistemológicos e regras metodológicas.⁴⁶¹

A matemática forneceu à ciência moderna o instrumento de análise e a lógica da investigação, influenciando, com isso, o modo de conhecer. As qualidades intrínsecas do objeto tornaram-se menos relevantes do que as quantidades em que poderiam ser traduzidas e a complexidade dos objetos foi reduzida por meio da divisão e classificação desses. Além disso, o determinismo mecanicista, como forma de conhecimento utilitária e funcional, preocupava-se mais com a capacidade de dominar e transformar do que com a capacidade de compreender o real.⁴⁶² Sobre a fragmentação e o rigor do conhecimento científico moderno, fundaram-se as bases para a construção de uma ciência desvinculada da reflexão ética e dos valores humanos.

De acordo com Gilbert Hottois, no pensamento ocidental, a teoria exerceu, tradicionalmente, predominância sobre a técnica. A herança do pensamento grego, de desprezo da técnica e valorização da vida contemplativa ou teórica, influenciou o projeto da ciência, inicialmente compreendido com um projeto teórico. Para o autor francês, esse projeto teórico, por ele definido como um “discurso articulado racionalmente que mira, ou reflecte, a estrutura racional do real” tornou-se o projeto da filosofia e com ele a ciência confundiu-se durante muito tempo.⁴⁶³

No entanto, o início da chamada “ciência moderna”, vislumbrado entre os séculos XV e XVII, gerou um incremento do lado operativo ou tecnotemático do projeto científico,

⁴⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, agosto de 1988, p. 47.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 49-50.

⁴⁶³ HOTTOIS, 1990, p. 7-8.

em detrimento do enfoque teórico da contemplação e da linguagem natural.⁴⁶⁴ Assim, a ciência de raiz aristotélica-tomista, que ignorava a matemática e a experimentação e correspondia a uma reflexão sobre o ser no mundo, deu lugar à ciência moderna, cujas principais características são a matematização e a experimentação, que obrigam a uma ruptura com a forma de reflexão anterior. Enquanto o ideal da ciência “antiga”, por meio da contemplação, era construir um corpo, organizado logicamente, de definições e princípios, a ciência moderna apresenta uma relação ativa de manipulação, reconstrução e desconstrução da realidade, que coloca a teoria a serviço da *atividade manipuladora*.⁴⁶⁵

O conhecimento científico afastou-se, assim, do conhecimento popular e da contemplação, adotando uma metodologia própria para legitimá-lo. Buscava-se a verdade por meio da aplicação de um conjunto rigoroso de preceitos que, se observados, traduziam a conclusão do estudo em uma máxima com caráter geral. Passou-se da observação à experimentação que, posteriormente, foi complementada pela manipulação do objeto de estudo.

Essa transformação na atividade científica, de observadora a manipuladora, associada ao emprego da técnica, fez surgir o termo “tecnociência”, para designar a ciência predominantemente técnica, que cria ou manipula o objeto que explora, dificultando a separação entre descoberta e invenção, entre natural e artificial.⁴⁶⁶

A tecnociência adquiriu a capacidade de modificar e manipular a natureza e o ser humano, bem como de transformar, física e conceitualmente, o mundo e a ordem designados por naturais. Exemplifica Hottois afirmando que, por um lado, utilizam-se seres vivos como instrumentos para produzir outros seres vivos; por outro, criam-se máquinas que nascerão como seres vivos, verificando-se uma progressiva superação da dicotomia natural/artificial. Por isso, o autor francês sugere não mais falar em tecnocosmos ou tecnosfera, mas em tecnobiocosmos, cujos elementos são sistemas complexos, integrados, hierarquizados e interligados.⁴⁶⁷

Com raciocínio semelhante, Bartholo chama a atenção para a existência de um processo de tecnificação da ciência e de cientificação da técnica.⁴⁶⁸ A tecnologia moderna, de acordo com o autor, distingue-se do acervo politécnico tradicional pelo seu compulsivo dinamismo, isto é, o vetor tecnológico torna-se um empreendimento, um dever, uma

⁴⁶⁴ HOTTOIS, 1990, p. 8.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 9.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 19.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 41-42.

⁴⁶⁸ BARTHOLO JR., Roberto. *A dor de Fausto: ensaios*. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 98.

sistemática ruptura e negação do estado de repouso. Nesse contexto, a relação entre os meios e os fins deixa de ser linear para tornar-se uma espiral dinâmica, em que os “próprios meios se autonomizam em fins em si mesmos” e a tecnologia invade todas as dimensões da vida, tornando a máxima baconiana “saber é poder” um credo pragmático-utilitarista.⁴⁶⁹

Para Bartholo, os modernos poderes da intervenção científico-tecnológica impõem uma lógica expansiva “emancipada” de limites, eis que desvinculadas de um eixo ético-político, e uma compulsiva “tradução simultânea” entre saber e agir.⁴⁷⁰ Cria-se, assim, uma compulsão pelo progresso, que se justifica por si mesmo e, simultaneamente, uma alienação do saber em relação à ética e ao direito, de modo a se fazer tudo o que é possível.

O autor narra um anúncio de propaganda, no qual há uma mãe com um carrinho de bebê, tentando passar em meio aos carros, e uma mensagem que diz ser o homem ameaçado pelos gases nocivos dos automóveis, mas que a tecnologia da injeção eletrônica ajudará a diminuir a emissão desses resíduos nocivos. A imagem, segundo observa, sintetiza a crença na tecnologia, de modo que os problemas criados pela moldagem científico-tecnológica do espaço existencial humano serão solucionáveis pela própria tecnologia, situação que denomina de “racionalização do industrialismo pelo superindustrialismo”.⁴⁷¹

Explica que o desenvolvimento do industrialismo deu-se por meio da construção de um “mundo artificial”, em substituição ao “natural orgânico”, processo que conduziu à consolidação do monopólio do modo de produção industrial. Esse monopólio não somente promoveu a substituição dos bens e serviços elaborados localmente por produtos científico-tecnológico-industriais, como também inviabilizou formas alternativas de suprimento das necessidades e criou novas necessidades que o aparato impõe.⁴⁷² As consequências desse monopólio radical industrialista são a dilapidação das reservas da natureza e a racionalização burocratizante das relações sociais, com prejuízo à autonomia e à dignidade da pessoa humana, reduzidas a um objeto do controle científicista-tecnocrático.⁴⁷³

⁴⁶⁹ BARTHOLO JR., 1992, p. 98.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 98.

⁴⁷¹ Ibidem, p. 27.

⁴⁷² Ibidem, p. 27-28.

⁴⁷³ Ibidem, p. 28.

O princípio da autonomia, na concepção adotada atualmente, é oriundo da cultura moderna, tecnocientífica e humanístico-individualista, encontrando suas bases na hegemonia da razão e na reivindicação da liberdade de pensamento.⁴⁷⁴ Naquele momento histórico, a noção de autonomia começou a extrapolar a tentativa de apreender racionalmente o mundo, para tentar submetê-lo às finalidades humanas. O processo de construção da identidade moderna foi marcado pela incorporação pelo sujeito do papel de fundamento do conhecimento e da ação, bem como do papel da razão humana de ponto de partida para qualquer julgamento sobre a realidade.⁴⁷⁵

Segre, Silva e Schramm apresentam e distinguem duas críticas ao processo emancipatório da modernidade. Primeiramente, confrontando os ideais contidos na gênese desse processo com o que foi efetivamente realizado, afirmam que o predomínio do aspecto tecnocientífico na emancipação racional resultara na hipervalorização do caráter instrumental da razão, isto é, dos meios técnicos por meio dos quais a emancipação deveria ser realizada. Portanto, embora se verifiquem o desenvolvimento da ciência e o progresso técnico, as finalidades a que eles deveriam servir não foram cumpridas. Nas palavras dos autores, “é como se o processo de conquista histórica da emancipação, no afã de produzir os meios, tivesse se esquecido de conservar no horizonte do progresso os fins que deveriam tornar esta emancipação real, concreta e compartilhada por todos os homens”⁴⁷⁶.

Uma segunda ordem de críticas, de acordo com eles, centra-se na ideia de que a emancipação não se tornou real na escala desejável e que, pelo modo distorcido como se produziu, gerou uma nova subordinação do homem a forças que lhe fogem ao controle. Nas palavras dos autores:

A diferença é que, agora, esta situação, análoga àquela vivida nos tempos da superstição e dos mitos, é agravada pelo fato de que a perda de controle ocorre em relação aos instrumentos que o próprio homem criou para a sua emancipação. Um mundo em que todos os aspectos da vida são burocraticamente administrados, em que a produção e o consumo formam um círculo do qual não é possível sair, em que o domínio total da racionalidade técnica submete inteiramente as opções e os desejos, em que o espaço público foi esvaziado tornando a liberdade uma abstração _ um mundo assim constituído não é certamente o da realização da

⁴⁷⁴ SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, v.6, n.1, nov. 2009, p. 2.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 2.

emancipação, mas sim aquele em que o processo de liberação humana teria resultado no seu contrário.⁴⁷⁷

Houve, pois, uma redução do ser humano e do propósito da vida aos progressos da técnica. A associação entre ciência, técnica e interesses políticos e econômicos reforçou essa redução, por meio do incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico em determinadas áreas. A obsessão pelo avanço extrapola a ânsia dos cientistas, naturalmente ávidos por novas descobertas e, nessa constante corrida do ouro, os valores humanos e o próprio ser humano são, muitas vezes, deixados de lado. Elucidativas são as palavras de Hans Jonas ao descrever a transformação da *techne* em um impulso infinito da espécie para adiante:

Somos tentados a crer que a vocação dos homens se encontra no contínuo progresso desse empreendimento, superando-se a si mesmo, rumo a feitos cada vez maiores. A conquista de um domínio total sobre as coisas e sobre o próprio homem surgiria como a realização do seu destino. Assim, o triunfo do *homo faber* sobre o seu objeto externo significa, ao mesmo tempo, o seu triunfo na constituição interna do *homo sapiens*, do qual ele outrora costumava ser uma parte servil. Em outras palavras, mesmo desconsiderando suas obras objetivas, a tecnologia assume um significado ético por causa do lugar central que ela agora ocupa subjetivamente nos fins da vida humana. Sua criação cumulativa, isto é, o meio ambiente artificial em expansão, reforça, por um contínuo efeito retroativo, os poderes especiais por ela produzidos: aquilo que já foi feito exige o emprego inventivo incessante daqueles mesmos poderes para manter-se e desenvolver-se, recompensando-o com um sucesso ainda maior – o que contribui para o aumento de suas ambições.⁴⁷⁸

A compulsão por novas invenções não é, pois, somente resultado dos interesses em jogo, mas se torna uma necessidade da própria técnica. Outros recursos vão se fazendo necessários para atender a demandas criadas pelos recursos anteriormente inventados. Retomando o exemplo dado por Bartholo, a emissão de gases poluidores torna imperativo o desenvolvimento de novas tecnologias para sua redução. Essas, por sua vez, demandam outras tecnologias, em uma espiral sem fim conforme ele mesmo descreveu.

A essas grandes transformações na ciência, corresponderam, ainda, grandes transformações na medicina. Estudos sobre o funcionamento do organismo ganharam

⁴⁷⁷ SEGRE; SILVA; SCHRAMM, 2009, p. 2-3.

⁴⁷⁸ JONAS, 2006, p. 43.

respaldo e conduziram a rápidas e importantes evoluções, com a intervenção sobre a vida e a morte. Além disso, observou-se, a partir do século XIX, conforme narra Michel Foucault, o fenômeno da assunção da vida pelo poder, também chamado de biopoder. Trata-se do fenômeno da tomada de poder sobre o homem, enquanto ser vivo, por meio de uma espécie de estatização do biológico.⁴⁷⁹

De acordo com Foucault, na teoria clássica da soberania, o efeito do poder soberano sobre a vida se exercia apenas sobre a morte. Assim, o soberano exerce um direito sobre a vida porque tem o direito de matar, isto é, cabe-lhe o “direito de fazer morrer ou deixar viver”. Durante o século XIX, esse poder soberano foi completado com um novo direito, de natureza inversa: “o poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”.⁴⁸⁰ Essa mudança advém de uma nova tecnologia de poder, surgida na segunda metade do século XVIII, que incide sobre o homem como ser vivo, o homem espécie, que o autor chama de biopolítica da espécie humana, abrangendo fenômenos como a fecundidade, a natalidade, a longevidade, as epidemias e a preocupação com as relações entre a espécie humana e entre os seres humanos e seu meio.⁴⁸¹

Durante o paradigma científico moderno, em que descoberta e invenção se interpenetram, ensejando uma visão prática e utilitarista da vida, da natureza e dos recursos que ela fornece, o homem alcançou poderes nunca antes pensados. O crescimento do valor do conhecimento científico motivou os incentivos governamentais e a alocação de recursos públicos e privados. Motivou, também, o uso desse conhecimento em favor de objetivos políticos. A ciência alcançou uma posição de destaque na sociedade e, em um círculo ao mesmo tempo virtuoso e vicioso, transformou-se, talvez, na maior esperança da humanidade. Afirmar Pegoraro que o homem do século XX deslumbrou-se com o progresso científico e acreditou na falácia de que o progresso tecnológico possibilitaria uma sociedade mais feliz e uma vida melhor.⁴⁸²

A apregoada neutralidade da ciência tornava-a imune às repercussões negativas das suas descobertas. Eram os usos dos conhecimentos que se taxava de bons ou maus sendo a ciência sempre positiva. Lucien Sève, tratando da polarização de opiniões em face da atual biomedicina, afirma que muitos nutriram a confiança em uma ciência considerada boa em si mesma. Entretanto, entre esses, muitos estão atentos aos perigos que ela

⁴⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285-286.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 286-287.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 289-290.

⁴⁸² PEGORARO, 2010, p.22.

apresenta e às responsabilidades que se fazem necessárias, mas os percebem como preço a pagar pelos avanços do saber e pelos progressos da terapêutica.⁴⁸³

Contudo, a crise do paradigma dominante da ciência suscitou uma reflexão sobre o conhecimento científico, conduzida, predominantemente, pelos próprios cientistas. A aversão à reflexão filosófica do século XIX foi deixada para trás com a compreensão da necessidade de interlocução com outras formas de saber, a fim de possibilitar uma reflexão sobre o próprio conhecimento científico.

A ciência dita “pura”, construída na modernidade após o afastamento da filosofia, trabalhava com a noção de verdade “para além de todas as considerações práticas ou morais”, isto é, a ciência é necessariamente boa ou, ao menos, neutra, sendo apenas o seu uso passível de apreciação moral. Como ciência pura, ela não estaria sujeita a responsabilidade ética.⁴⁸⁴

No paradigma da ciência moderna, os cientistas não tinham meios para pensar a própria ciência, pois havia uma ruptura entre essa e a ética. O desligamento entre as ciências da natureza e as ciências do homem redundou em um conhecimento científico que não se conhece.⁴⁸⁵ Portanto, à medida que houve o progresso da ciência, cresceu, paralelamente, a impotência dos cientistas sobre esses mesmos poderes, bem como a incapacidade deles de pensar a sua ciência, visto que o método científico baseou-se na disjunção do sujeito com o objeto.⁴⁸⁶

Assim, Edgar Morin afirma que o pesquisador é irresponsável por princípio e profissão. Esclarece que a responsabilidade, como noção humanista ética, tem sentido apenas para o sujeito consciente e a ciência, na concepção clássica ainda vigente, elimina do seu meio toda a competência ética e o sujeito do conhecimento, a fim de resguardar o postulado da objetividade. Dessa maneira, a responsabilidade escapa aos critérios científicos, não sendo possível determinar o conteúdo e a direção da verdadeira responsabilidade.⁴⁸⁷

Lembra Morin que Einstein, uma das mentes mais geniais da ciência, mostrou não dispor de condições para pensá-la na sociedade quando se sentiu responsável perante a humanidade lutando contra os preparativos militares, mas também se sentiu responsável

⁴⁸³ SÈVE, 1994, p. 230.

⁴⁸⁴ HOTTOIS, 1990, p. 8.

⁴⁸⁵ Cf. Título I, capítulo 2.

⁴⁸⁶ MORIN, 2010, p. 17-18.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 118.

quando interveio para a fabricação da bomba atômica. O exemplo revela o despreparo ético do cientista para pensar e questionar a própria atividade investigativa.

Observa Boaventura de Souza Santos que, ao aumento do rigor na ciência nos últimos quarenta ou cinquenta anos, correspondeu uma perda de capacidade de autorregulação. Uma vez industrializada, a ciência comprometeu-se com os centros de poder econômico, social e político, que passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas. Com isso, as ideias de autonomia e do desinteresse do conhecimento científico caíram por terra.⁴⁸⁸

Tal fenômeno foi observado especialmente nas áreas da saúde. A pesquisa biológica aplicada vinculou-se à geração da propriedade intelectual, tornando a doença e a saúde importantes áreas de exploração econômica. A medicina transformou-se em tecnomedicina, dependente de sofisticados equipamentos de diagnóstico e terapia.⁴⁸⁹ As pesquisas fomentadas e financiadas são aquelas que resultam em novas necessidades para os pacientes, seja de métodos de diagnóstico, de medicamentos ou de terapias especializadas, sempre com alto custo. A medicina torna-se industrializada e, também, objeto de consumo.

A biomedicina, como reflete Nikolas Rose, não enxerga mais a vida pelo olhar clínico do médico sobre o corpo, mas em nível molecular. A vida é compreendida, portanto, em termos de suas propriedades funcionais de codificação de bases de nucleotídeos, que regulam a expressão, a transcrição e o nexos entre as propriedades funcionais das proteínas e a formação de elementos intracelulares. Esse conhecimento molecular sobre a vida vem associado a técnicas de experimentação que interveem nessa mesma vida, com a manipulação do DNA e a fabricação de organismos com ou sem determinadas sequências de genes. Nas palavras do autor, “o laboratório tornou-se um tipo de fábrica para a criação de novas formas de vida molecular”.⁴⁹⁰ Vive-se a era do entusiasmo da biomedicina no replanejamento biológico da vitalidade, em que as tecnologias médicas não buscam apenas curar doenças, mas também controlar os processos vitais do corpo e da mente.⁴⁹¹

Para Lucien Sève, a medicina aproxima-se da biologia e dilacera-se entre a cama do doente e o laboratório, negligenciando a expectativa dos sujeitos para desviar-se à

⁴⁸⁸ SANTOS, 1988, p. 59.

⁴⁸⁹ ROSE, Nikolas. *A política da própria vida: biomedicina, poder e subjetividade no século XXI*. Tradução de Paulo Ferreira Valério. São Paulo: Paulus, 2013, p. 25-26.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 26-27.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 32.

reparação e manutenção de “objetos”. A conquista da eficácia técnica parece subtrair da medicina sua autenticidade humana. Essa metamorfose da medicina em biomedicina, de acordo com o autor, é a ascensão de um cientificismo sem estado de alma e compaixão, que fomenta os irracionalismos terapêuticos.⁴⁹²

A perplexidade vivida, no século XVIII, em face das grandes transformações, repete-se nas últimas décadas. Enfatiza Boaventura que estamos de novo perplexos e perdemos a confiança epistemológica. Passados duzentos anos, continuamos a nos deparar com a necessidade de perguntar pelas relações entre a ciência e a virtude, pelo valor do conhecimento dito ordinário ou vulgar aos quais a ciência não se rende, pelo papel do conhecimento científico em nossas vidas, isto é, pelo contributo positivo ou negativo da ciência para a nossa felicidade.⁴⁹³

Observa Boaventura, entretanto, que, embora os progressos científicos das últimas décadas sejam tão expressivos a ponto de nos fazer questionar se os séculos precedentes não seriam mais do que uma pré-história longínqua, os grandes cientistas que construíram o campo teórico sobre o qual, até hoje, nos movemos viveram ou trabalharam nos séculos XVIII e XIX. Por isso, o autor considera possível dizer que, do ponto de vista científico, ainda se vive no século XIX. No entanto, fazendo o movimento inverso, centrando o olhar no futuro, percebem-se as potencialidades tecnológicas e a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre os limites do rigor científico e os perigos que essas mesmas tecnologias impõem. Nas palavras do autor:

E se, em vez de no passado, centrarmos o nosso olhar no futuro, do mesmo modo duas imagens contraditórias nos ocorrem alternadamente. Por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interativa libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos de nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar.⁴⁹⁴

O progresso biomédico vivenciado no século XX demandou, como já tratado, uma reflexão sobre a produção e aplicação do conhecimento científico. A intervenção sobre o ser humano de maneira transformadora da própria natureza humana convocou os

⁴⁹² SÈVE, 1994, p. 234.

⁴⁹³ SANTOS, 1988, p. 47.

⁴⁹⁴ Loc. cit.

cientistas a pensarem os limites da sua ação e a relação entre poder e fazer. O avanço do desenvolvimento científico-tecnológico chegou ao ponto em que se questiona hoje não a possibilidade de alcançar êxito, mas qual é o limite em que a atividade de pesquisa deve se conter. Com propriedade, salienta Jansen que o debate ético sobre as inovações da tecnologia médica ou da biotecnologia é centrado na dúvida sobre se é devido fazer tudo o que é possível.⁴⁹⁵

No âmbito da reprodução assistida, Jacques Testart, o primeiro médico a obter êxito em uma fertilização *in vitro* na França, decidiu cessar a continuidade das suas pesquisas ao verificar a potencialidade negativa da técnica. Para ele, a pesquisa científica não deve confundir-se com a dinâmica cega do progresso, cabendo a decisão de não aplicá-la quando se vislumbra perigo real para o homem.⁴⁹⁶

Testart insurge-se contra a ideia de que a pesquisa seria neutra, sendo boas ou ruins apenas suas aplicações, pois todas as descobertas, quando correspondem a uma necessidade existente, são aplicadas. Reivindica, assim, uma lógica da não-descoberta, uma ética da não-pesquisa, como uma escolha ética, oriunda da necessidade de participar de uma reflexão multidisciplinar sobre o sentido da produção científica.⁴⁹⁷

Lucien Sève chama a atenção para o fato de que, na era da tecnociência, todo o possível científico tende a, rapidamente, tornar-se realidade. A penetração da técnica, com sua carga econômica na ciência acaba por gerar a redução do teórico a um simples momento de um processo prático não governado por ele. Assim, afirma que “aura da ciência, poder médico, potência do mercado já se conjugaram num biopoder anônimo que se arroga o direito exorbitante de mudar o homem a seu bel-prazer”.⁴⁹⁸

A crença em um conhecimento puro deixa o plano da ingenuidade para passar ao da nocividade. A conclusão a que chega Lucien Sève é que é necessário ir além da máxima de que os conhecimentos científicos são cumulativos e os valores morais não. É preciso reconhecer que a acumulação de poder tecnocientífico tornar-se uma ameaça à ética e ao próprio homem, embasada, sobretudo, na ideia de que bastaria saber mais para ser mais livre e poder mais para ser mais feliz. Após Hiroshima, Nuremberg e na época da poluição

⁴⁹⁵ JANSEN, Brigitte S. A. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? In: CASABONA, Carlos María Romeo, QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3.

⁴⁹⁶ TESTART, 1995, p. 26.

⁴⁹⁷ Loc. cit.

⁴⁹⁸ SÈVE, 1994, p. 240.

de massa, sustenta o autor ser um contrasenso sustentar que o saber científico e o poder técnico são puramente libertadores e benfeitores.⁴⁹⁹

Diante desse movimento ininterrupto do conhecimento científico e da técnica e de invenções um tanto perigosas, muito se questiona sobre a necessidade de imposição de limites à pesquisa científica. Uma retomada da ética na atividade de pesquisa e no uso do conhecimento científico foi, como já explicitado no início deste trabalho, aventada, dando ensejo à construção de uma nova área do conhecimento, à qual foi conferido o nome de bioética.

Essa reflexão sobre o conhecimento científico surge no contexto da crise do paradigma da ciência moderna, iniciada com Einstein, que relativizou o rigor das leis de Newton. Além da teoria da relatividade, a mecânica quântica também questionou postulados da ciência, ao demonstrar que só conhecemos do real a nossa intervenção sobre ele, afastando a clássica distinção entre sujeito e objeto.⁵⁰⁰ Para Boaventura, passada a euforia cientista do século XIX, com sua aversão filosófica, os cientistas deparam-se hoje com o desejo de complementar o conhecimento das coisas pelo conhecimento do conhecimento.⁵⁰¹

Observa-se, no meio científico, um questionamento sobre os conceitos de lei e de causalidade, bases da ciência moderna, e sobre o próprio conteúdo do conhecimento científico. Ressalta Boaventura de Souza Santos que o conhecimento científico moderno é fechado a outros saberes e transforma a natureza num autômato, sobre a qual o cientista exerce sua prepotência. Para o autor:

O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objetivar os fenômenos, os objetualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza. Nestes termos, o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido. Esta pergunta está, no entanto, inscrita na própria relação sujeito/objeto que preside à ciência moderna, uma relação que interioriza o sujeito à custa da exteriorização do objeto, tornando-os estanques e incomunicáveis.⁵⁰²

⁴⁹⁹ SÈVE, 1994, p. 247.

⁵⁰⁰ SANTOS, 1988, p. 55.

⁵⁰¹ Ibidem, p. 57.

⁵⁰² Ibidem, p. 58.

Além disso, o conhecimento, ao fragmentar o objeto, conforme as exigências da especialização, ignora a irreducibilidade da totalidade orgânica ou inorgânica às partes que constituem o objeto. No estudo do ser humano, Lucien Sève menciona o angustiante paradoxo do conhecimento que é reducionista, enquanto o homem é indivisível; conhece a fatos, enquanto o homem conhece valores; busca determinar o homem, que pretende ser livre; busca objetivar aquele que é sujeito.⁵⁰³

Propõe Santos, assim, a emergência de um paradigma do conhecimento prudente para uma vida decente. De acordo com ele, a revolução científica atual difere daquela vivenciada no século XVI, eis que ocorre em uma sociedade ela própria revolucionada pela ciência.⁵⁰⁴

Nesse novo paradigma, propõe o autor que todo conhecimento científico-natural é também científico-social, superando-se a distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais, que se assenta em uma concepção mecanicista da matéria e da natureza, com a revalorização dos estudos humanísticos. Supera-se, igualmente, a especialização, com o reconhecimento de que a excessiva fragmentação e disciplina do saber faz do cientista um ignorante especializado. Finalmente, supera-se a distinção entre sujeito e objeto, reconhecendo que todo conhecimento é auto-conhecimento.⁵⁰⁵

Assim, sob o pano de fundo desse novo paradigma, fez-se necessário modificar o modo de fazer e de pensar o conhecimento científico e a técnica. Sobretudo na seara biomédica, que concerne ao tema ora tratado, as intervenções realizadas sobre o ser humano demandaram reflexões sobre a “subjetivação” do “objeto” da pesquisa. A extensão dos poderes de intervenção na natureza humana demandaram, ainda, uma intervenção dos saberes humanistas, incumbidos de refletir sobre a potencialidade da ciência em face dos valores humanos.

O rigor e a fragmentação da ciência moderna estão sendo postos a prova no desenvolvimento de uma ciência que, na sua atividade, não apenas investiga, mas também modifica a própria realidade e o próprio ser humano. Ciência, técnica e vida estão unidas e entrelaçadas, de forma que pensar a atividade científica é pensar o presente, o futuro, a existência humana e a responsabilidade perante as gerações atuais e futuras. Assim, não é suficiente pensar os usos do conhecimento técnico-científico, sendo preciso, também, pensar a própria atividade no momento em que está sendo proposta e realizada. Para

⁵⁰³ SÈVE, 1994, p. 232-233.

⁵⁰⁴ SANTOS, op. cit., p. 60.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 60.

Bellino, a relação entre ciência e ética já não se restringe às aplicações, sendo cada vez mais contextual e simultânea à atividade investigativa.⁵⁰⁶

Conforme ensina Morin, a ciência não tem a missão de salvar a humanidade, mas tem poderes ambivalentes sobre o futuro dela: “não só estamos no momento crepuscular quando o pássaro de Minerva, ou seja, a sabedoria, levanta voo, mas também num momento de trevas, aguardando o canto do galo que vai nos acordar”⁵⁰⁷.

A época fecunda, como a define Morin, da prevalência do imperativo ético da ciência do “conhecer por conhecer”, independente das consequências, terminou. A ciência das sociedades ocidentais do século XIX tornou-se central não apenas nas universidades, mas também nas indústrias e no Estado, que financia e controla as instituições de pesquisa. Esse intercâmbio fez com que ciência e técnica passaram a ser dominantes e indissolúveis, causando uma superação do conhecimento pelo conhecimento, que envolve, hoje, manipulações e habilidades especialmente técnicas.⁵⁰⁸

Esse saber, ainda, não se destina à acumulação de conhecimentos, mas ao preenchimento de bancos de dados, que serão usados em conformidade com os interesses do poder. O desapossamento do saber enseja uma maior preocupação com a produção do conhecimento.⁵⁰⁹ A ciência, nas palavras de Morin, é “um processo sério demais para ser deixado só nas mãos dos cientistas” e “se tornou muito perigosa para ser deixada nas mãos dos estadistas dos Estados”.⁵¹⁰

Pensar a ciência e a técnica é uma necessidade que se faz presente para a proteção do ser humano. Desvincular a produção e aplicação do conhecimento científico do bem-estar da sociedade foi um mal da ciência moderna, fomentado pela suposta neutralidade, que não tardou a cair por terra quando os interesses políticos e econômicos demandaram a manipulação tecnocientífica do próprio homem.

Pretende-se demonstrar que, na era da tecnociência, o uso da técnica não pode prescindir da reflexão ética e de limites jurídicos, que perpassam a proteção do ser humano. Deve ser posta em questão a lógica do progresso pelo progresso a fim de lembrar que a prevalência da proteção do ser humano deve ser a maior premissa da técnica e da ciência, cujos benefícios somente se justificam se estiverem respaldados pela máxima da não instrumentalização do ser humano. A reflexão que se propõe, no contexto da crise do

⁵⁰⁶ BELLINO, 1997, p. 92.

⁵⁰⁷ MORIN, 2010, p. 125.

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 126.

⁵⁰⁹ Loc. cit.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 133.

paradigma da ciência moderna e da necessidade de um diálogo entre tecnociência, ética e direito, busca evidenciar limites para o resguardo dos direitos fundamentais do ser humano.

Na seara da reprodução assistida, os benefícios da técnica são contrapostos por riscos, muitas vezes, acobertados pelos cientistas e médicos que dela se utilizam. Ainda não existe um *status* moral e jurídico bem definido para o embrião, de modo que ele, frequentemente, recebe um tratamento mais de coisa do que de pessoa. Além disso, as situações de emprego da técnica, por si só, demandam reflexão quando transformam aquele que será ou já foi gerado em mero instrumento para a satisfação do interesse dos genitores. Finalmente, a geração da vida em laboratório proporcionou o acesso ao embrião humano e, juntamente, com ele, a possibilidades de intervenção sobre o genoma humano, que podem gerar efeitos negativos a longo prazo.

3.2 A necessária compatibilização entre o uso da técnica e a proteção ao ser humano

Característica do paradigma em que foi desenvolvida, a medicina reprodutiva atrelou ciência e técnica, extrapolando o escopo de conhecer o processo reprodutivo para também manipulá-lo. Inicialmente, dedicaram-se os cientistas a compreender a fecundação, fenômeno orgânico devidamente resguardado no aparelho reprodutivo feminino que, até pouco tempo, era inacessível ao conhecimento humano.

O processo de descoberta das células reprodutivas feminina e masculina e da fecundação foi alvo de teorias diversas que, no entanto, traziam um ponto em comum: a ideia de que, para a reprodução, era preciso uma relação sexual entre o homem e a mulher. Essa primeira descoberta foi deixada de lado pela atual medicina reprodutiva. Do estudo dos gametas, passou-se à tentativa de manipulá-los e, em seguida, ao êxito na fecundação em laboratório.

Talvez de todos os feitos da ciência, esse foi o mais expressivo, pois, até então, considerava-se a geração da vida uma prerrogativa de Deus ou da natureza. O deslumbramento gerado pelo poder da ciência não ofuscou, no entanto, os receios que tal êxito trazia consigo. A manipulação da vida humana e o interesse de usar embriões humanos para a pesquisa foram abafados com as promessas de superação da infertilidade e de satisfação do desejo de ter um filho. Em cada utilização das novas tecnologias, há, de acordo com Jacques Testart, ao lado dos benefícios humanos, efeitos perversos,

comumente abafados em favor de uma corrida que despreza o sentido da vida, reduzindo-a à ideia de que os homens evoluem com o progresso.⁵¹¹

Embora as técnicas de reprodução assistida tenham sido criadas para contornar problemas de infertilidade humana, uma finalidade nobre, é perceptível a apropriação delas por uma lógica de mercado, com a ênfase no sonho de ter um filho e na propagação da ideia de que se trata de uma solução milagrosa. No raciocínio do industrialismo, conforme descrito por Bartholo, a inserção da técnica em uma perspectiva industrial e mercadológica faz com que sejam criadas progressivamente novas demandas, a fim de que ela se torne mais necessária e desejada. Tal situação é vislumbrada na proposta dos diagnósticos pré-implantacionais, destinados a selecionar embriões sem alteração genética grave, finalidade que não era inicialmente prevista para a reprodução assistida. A sexagem, escolha do sexo do embrião a ser implantado, também surge como uma nova demanda, abrindo portas, possivelmente, ao anseio de escolha de outras características físicas da criança gerada.

Há, assim, um claro desvirtuamento no propósito de promover a saúde. A mercantilização da medicina impõe a prevalência do interesse econômico sobre o interesse de melhorar a saúde pela saúde. Nesse contexto, as promessas da genética encantam e geram, por consequência, uma pré-disposição das pessoas a explorar as possibilidades que ela propõe, sob o pano de fundo da vontade de viver mais e melhor, a quase qualquer custo.

O interesse econômico por trás da vontade de auxiliar casais inférteis a gerar um filho é latente. A exploração comercial do desejo de ter um filho é perceptível nos materiais de marketing das clínicas de reprodução assistida, que apelam a imagens de belos bebês e de gestantes felizes. Mais grave, ainda, no entanto, é facultar aos casais a possibilidade de escolha do sexo e de outras características do bebê, que surgem que uma nova forma, eticamente discutível é claro, de explorar economicamente a filiação.

A reprodução assistida abre as portas para o uso dos conhecimentos propiciados pela engenharia genética. Do diagnóstico de doenças genéticas, antes da implantação, permitindo seleção de embriões “saudáveis”, à possibilidade, ainda futura, de intervenção sobre o código genético do embrião, a genética propicia um rol de intervenções, cujos efeitos sobre o novo ser ainda são desconhecidos. A linguagem da genética triunfante, para

⁵¹¹ TESTART, Jacques. *Homens Prováveis: da procriação aleatória à reprodução normativa*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 154.

Testart, pode ser perigosa, seja por afirmar a existência de uma norma humana, seja por sobrevalorizar o aspecto biológico em detrimento dos fatores sociais e culturais.⁵¹²

A despeito das promessas da genética de cura para doenças e melhor qualidade de vida, ela apresenta dois principais riscos que se relacionam: o primeiro concerne à pretensão de intervir no genoma humano para subtrair genes responsáveis por doenças e inserir genes responsáveis por características desejadas, criando um padrão de ser humano a ser gerado; o segundo refere-se aos efeitos futuros de quaisquer intervenções. Para Bartholo, pretende-se fazer da vida humana futura um projeto computadorizado, em que o caminho usual da “tentativa e erro” dilui-se na irreversibilidade das transformações. Nesse contexto, insurgir-se contra uma irrestrita liberdade de pesquisa passa a ser, no pensamento do autor, o testemunho imperativo da dignidade do humano que enxerga a sombra da catástrofe em meio aos “milagres da ciência”.⁵¹³

Em que pesem os problemas apresentados, não se pode, por outro lado, cair no extremo de ver a ciência e a tecnologia como uma mal. O desenvolvimento, sobretudo na área da saúde, possibilitou ao homem viver mais e melhor. Os medicamentos, as vacinas, os tratamentos médicos e as demais descobertas que nos permitem prevenir diversas doenças trouxeram benefícios importantes à vida humana. As recentes descobertas da genética, tão temidas, também podem contribuir para o tratamento de doenças que ainda se apresentam como desafios aos médicos.

A miopatia, por exemplo, doença que gera a perda progressiva da função motora, condenando os enfermos à perda da capacidade de andar, entre outras funções, e à morte precoce, frequentemente antes da fase adulta, é causada pela deficiência no gene associado à produção de uma proteína chamada distrofina, responsável pela reparação das fibras musculares.⁵¹⁴ O gene situa-se no cromossomo X, sendo transmitido aos descendentes. Alguns tipos de cânceres, também, são favorecidos pela alteração congênita de um gene implicado no controle da divisão celular, que torna a pessoa portadora mais suscetível ao desenvolvimento de um tumor.⁵¹⁵ A possibilidade de intervenção sobre tais genes poderia prolongar a vida e poupar sofrimento.

A atividade científica é importante para o ser humano e a engenharia genética propicia esperanças de prevenção de doenças como Alzheimer e Parkinson. Além disso, as

⁵¹² TESTART, 1999, p. 34.

⁵¹³ BARTHOLO JR., 1992, p. 102.

⁵¹⁴ JORDAN, Bertrand. *O espetáculo da evolução: sexualidade, origem da vida, DNA e clonagem*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 65-66.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 83.

pesquisas com células-tronco apresentam-se como uma possibilidade futura de medicina regenerativa. Os usos benéficos do desenvolvimento científico na seara médica são facilmente percebidos e, de maneira geral, proporcionam uma melhora da qualidade de vida humana.

A fim de ilustrar tais vantagens do conhecimento científico na seara médica, Berlinguer e Garrafa citam, como exemplo, uma partida de futebol, final do campeonato Taça Brasil, ocorrida na cidade de Porto Alegre, que foi precedida pela comemoração dos 500 transplantes realizados na Santa Casa de Misericórdia do município. Para comemorar o feito, realizou-se uma partida de futebol amador entre os médicos que fizeram os transplantes e os pacientes que receberam os órgãos, tendo como árbitros um indivíduo que recebera um transplante de pulmão e dois bandeirinhas que receberam novas córneas.⁵¹⁶ Embora os transplantes tenham sido alvo de muitos questionamentos éticos, seu emprego cria uma nova oportunidade de vida a muitos pacientes.

A reprodução assistida também já contempla um vasto número de crianças e de famílias que, possivelmente, não teriam sido formadas sem o recurso a essa técnica. Para quem estuda o tema do ponto de vista ético ou jurídico, trata-se de uma técnica problemática, eivada de riscos e de questões sem fácil solução. Contudo, para aqueles que, em razão dela, hoje vivenciam a experiência da maternidade e da paternidade, a reprodução assistida foi uma grande evolução da medicina.

É verdade que os progressos biomédicos sempre impõem dilemas éticos. Basta lembrar a controvérsia gerada pelo início da vacinação obrigatória. Berlinguer e Garrafa recordam-se ainda da questão que, por muito tempo, afligiu médicos, filósofos e teólogos sobre a conduta a ser adotada em um parto complicado, se deveria ser privilegiada a vida da mãe ou do bebê. Hoje, quase não se discute o tema em virtude do progresso da obstetrícia e da neonatologia, que possibilitam salvar ambas as vidas.⁵¹⁷

Reconhecer os benefícios do progresso técnico-científico não deve conduzir, porém, à aceitação passiva de toda e qualquer proposta da ciência e da técnica. A neutralidade da primeira foi definitivamente afastada com a integração entre ciência, política e interesses econômicos. O financiamento das pesquisas por grandes grupos econômicos e a lógica do mercado, baseada na criação de consumo mesmo na área da

⁵¹⁶ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. 2ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001, p. 84.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 84-85.

saúde, impõem uma profunda reflexão sobre os reais benefícios de cada atividade médica. Como então compatibilizar a autonomia científica com a máxima do devido benefício ao ser humano?

Na tentativa de encontrar um justo meio, Roberto Andorno salienta, de início, que a liberdade é uma das faculdades que mais caracteriza o ser humano e está na raiz de sua dignidade intrínseca. Trata-se de mais do que um princípio ético, sendo ela uma *conditio sine qua non* da ética e do direito, pois é a capacidade do ser humano de se autodeterminar que possibilita a qualificação das condutas como meritórias ou reprováveis, melhores ou piores, devidas ou vedadas.⁵¹⁸

Entretanto, essa capacidade de autodeterminação não significa, conforme esclarece o autor que o conteúdo do agir possa ser escolhido de modo irracional ou arbitrário. A liberdade não abrange o poder de agir de forma a causar prejuízo a si e a outrem, pois ela deve ser exercida em conformidade à razão, adquirindo sentido pleno somente quando usada para escolher o que a razão indica como bom.⁵¹⁹

Assim, embora seja importante o reconhecimento da liberdade no seio da atividade científica, para Andorno, não se pode ter liberdade absoluta, que permita atuar à margem da ética e do respeito aos direitos humanos, pois a ciência, como qualquer outra atividade humana, deve trabalhar no marco das normas éticas e jurídicas.⁵²⁰

Adela Cortina, propondo uma ética aplicável ao uso das biotecnologias, elenca quatro traços éticos que devem ser observados. Como primeiro traço ético, afirma que a humanidade deve ser considerada um fim limitativo das intervenções científicas e técnicas. A principal consequência da primeira premissa é a vedação de que se intervenha sobre uma pessoa quando a intervenção não atenda aos fins de quem será “objeto” da manipulação, sob pena de que essa se converta em instrumentalização. Para a autora, não é moralmente justo utilizar os seres humanos para fins alheios ao seu bem-estar, sejam esses fins econômicos, científicos ou políticos.⁵²¹

Todavia, esse fim limitativo das intervenções apresenta problemas. Inicialmente, determina um questionamento sobre quando se pode falar de pessoa. Essa primeira questão será tratada no próximo tópico, mas, para Cortina, sendo um problema para o qual não

⁵¹⁸ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 74.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 74-75.

⁵²⁰ Ibidem, p. 79.

⁵²¹ CORTINA, Adela. Ética de las biotecnologias. *ISEGORÍA*/27, p. 73-89, 2002, p. 80.

existe uma única solução, a forma de se chegar a uma conclusão é por meio do diálogo, entendido como uma “busca cooperativa do mais justo”, no qual os interlocutores aceitem a possibilidade de se chegar a desacordos razoáveis, formados por mais de uma posição igualmente respeitáveis.⁵²²

Além disso, tendo em vista que não se pode fazer tudo o que é possível, questiona-se quais são os limites da investigação biotecnológica. Tais limites, no pensamento de Adela Cortina devem ser determinados em conformidade com o princípio da precaução. Nesse sentido, não se deve aguardar a prova absoluta da relação entre causa e efeito quando há elementos convincentes demonstrando que um produto ou atividade humana podem ter consequências danosas irreversíveis para a saúde ou para o meio ambiente.⁵²³

A segunda premissa elencada por Cortina para a ética proposta consiste no reconhecimento de que, em razão da dignidade humana, as pessoas devem ser consideradas como fim positivo das intervenções humanas. A autora vale-se da máxima kantiana, de acordo com a qual o homem é um fim em si mesmo e não pode ser tratado como meio, para afirmar que o respeito à dignidade humana exige uma ajuda positiva para que os seres humanos possam levar adiante seus projetos de autorrealização, sempre que não causem prejuízo a outros. Respeitar a dignidade humana, assim, não alude apenas ao dever de não causar danos, mas também ao de beneficiar sem prejudicar. Essa premissa, portanto, propõe que a ética seja um freio, não um obstáculo à investigação, pois, quando não há instrumentalização, o princípio ético é um impulso à investigação em benefício do ser humano.⁵²⁴

Como terceira premissa, a autora afirma que o reconhecimento da dignidade humana e da não instrumentalização dos seres humanos exige a participação dos afetados pelas decisões biotecnológicas nessas mesmas decisões. Os sujeitos éticos das decisões, para Cortina, não podem ser apenas os políticos, os empresários e os cientistas, sob pena de reforço das desigualdades sociais no âmbito médico, bem como porque todo sujeito humano deve poder participar da tomada de decisões que o afetem, ao menos de forma representativa. Por tal razão, exige-se o consentimento informado e criam-se comitês de ética.⁵²⁵

⁵²² CORTINA, 2002, p. 81.

⁵²³ Ibidem, p. 82.

⁵²⁴ Ibidem, p. 83-84.

⁵²⁵ Ibidem, p. 84-85.

Como última premissa, refere-se a autora ao fato de que, se os seres humanos têm um valor inato, por aqueles que são vulneráveis devem responder todos aqueles que têm poder para protegê-los.⁵²⁶

Da ética proposta por Adela Cortina, aplicável às biotecnologias, é possível extrair que a base de todas as premissas apresentadas é a dignidade da pessoa humana. É o reconhecimento de um valor inerente a todo ser humano que coloca a humanidade como limite às intervenções científicas e técnicas, a pessoa humana com o fim último dessas intervenções, exige a participação dos afetados nas decisões biotecnológicas e a proteção dos seres humanos vulneráveis.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana como limite

A dignidade da pessoa humana, cujas origens remontam ao cristianismo, que reconheceu um valor ontológico ao ser humano, quando o compreendeu como imagem e semelhança de Deus, está fundada na ideia de que todo ser humano é dotado de um valor inato. A despeito das numerosas críticas ao conceito, por sua abertura extrema, tal reconhecimento foi, sem dúvida, uma das maiores conquistas da humanidade no que concerne à proteção do ser humano.

A noção de dignidade humana sugere que qualquer ser humano, independente de suas características físicas, posições morais ou religiosas e de sua nacionalidade, é digno de um mesmo tratamento protetivo e respeitoso. Diante das discriminações históricas, que redundaram na escravidão e até mesmo no genocídio, essa ideia de uma igualdade que não é eminentemente jurídica, mas de foro natural, embasada no pertencimento à espécie humana é uma evolução moral e jurídica sem precedentes.

A dignidade da pessoa humana com conotação laica, de matriz kantiana, encontra-se centrada no reconhecimento de que o homem, como ser racional e dotado da faculdade de se autodeterminar, é um fim em si mesmo e não pode ser tratado como meio para o alcance de outro fim.⁵²⁷ Trata-se, para Andorno, de um dos poucos valores universalmente compartilhados no mundo do pluralismo filosófico, sendo considerada a última barreira às intervenções biotecnológicas.

⁵²⁶ CORTINA, 2002, p. 85-86.

⁵²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 58.

Lembra Andorno que os documentos modernos de direitos humanos deixaram aberta a justificação da dignidade humana, relegando sua elucidação à experiência prática, em razão da natureza do conceito, mais fácil de ser compreendido diante de situações de ofensa à dignidade. Assim, propõe que uma das melhores formas para explorar o conceito é estudar as experiências de indignidades sofridas pelos seres humanos em situações concretas, pois a ofensa à dignidade é facilmente reconhecida.⁵²⁸ Dworkin, de modo semelhante, entende que a ideia de dignidade humana decorre da constatação de que existem maneiras de tratar um homem incompatíveis com reconhecimento dele como um membro pleno da comunidade humana, sendo tal tratamento, por isso, injusto.⁵²⁹

Esclarece Andorno que a via negativa, ou seja, identificar práticas que atentam contra a dignidade, é a que mais auxilia a compreender o conteúdo desse conceito, mais facilmente por meio de comparações, analogias ou por meio da intuição. Para o autor, o termo refere-se ao valor único e incondicional da existência de cada ser humano, independentemente de suas “qualidades acessórias”, como idade, saúde, origem étnica, sexo ou religião, pois “é sua condição humana como tal o que gera um dever de respeito para com o indivíduo”.⁵³⁰

A dificuldade de definir, com precisão, a dignidade da pessoa humana reside no fato de que ela não cuida de aspectos específicos da existência humana, como a integridade física ou a vida. Refere-se a uma qualidade inerente, irrenunciável e inalienável, ao valor próprio que identifica o ser humano enquanto tal.⁵³¹ Como qualidade intrínseca do ser humano, ela pode ser reconhecida, respeitada e protegida, mas jamais ser concedida ou retirada.⁵³² Ingo Sarlet apresenta o seguinte conceito de dignidade humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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

⁵²⁸ ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Revista Bioética*. Vol. 17, nº 3, 2009, p. 435-449, p. 438-439.

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.305.

⁵³⁰ ANDORNO, 2009b, p. 81-82.

⁵³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.50.

⁵³² *Ibidem*, p.52-53.

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁵³³

A dignidade não é um direito *stricto sensu* e seu conceito não se confunde com a noção de direitos fundamentais. Da ideia de que a dignidade humana é mais do que um “superdireito”, sendo a base dos direitos humanos, emergem duas conclusões: a primeira de que os direitos fundamentais não poderão ser tolhidos, já que oriundos da dignidade humana, e a segunda de que, se todos os seres humanos têm a mesma dignidade e dela decorrem os direitos fundamentais, todos são titulares desses direitos.⁵³⁴

Assim, nas palavras de Andorno, “a dignidade humana é o núcleo central dos direitos humanos; os direitos humanos são justificados pela referência à dignidade humana; os seres humanos têm direitos, porque são dignos de respeito”⁵³⁵. Em sentido semelhante, para Habermas, ela representa o elo conceitual que conecta a moral do respeito igualitário a toda pessoa com o direito positivo e o processo de legislação democrática, a fim de propiciar uma ordem política fundada nos direitos humanos.⁵³⁶

O discurso político contemporâneo em relação à dignidade humana revela uma convergência sobre a ideia de que cada ser humano é digno e deve ser respeitado, sendo essa dignidade irredutível, inalienável e comum a todos. A dignidade é um atributo essencial da pessoa e encontra fundamento da ideia de um reconhecimento recíproco desse valor.⁵³⁷ A dignidade deve, pois, ser igualmente reconhecida a todos os seres humanos pelo Estado e por outros indivíduos e centra-se na ideia de humanidade.

Esse caráter incondicional da dignidade humana é o pressuposto básico do Direito, que a considera um princípio autoevidente, cuja demonstração é prescindível. A dignidade é, para Andorno, a fonte de todos os direitos, uma realidade pré-jurídica que precede e fundamenta o ordenamento jurídico. Dessa constatação de que a raiz de todos os direitos é a dignidade, extrai-se que os direitos fundamentais não podem ser suprimidos pela autoridade política, já que não foram concessão dela, e que tais direitos são iguais para

⁵³³ SARLET, 2011, p.73.

⁵³⁴ ANDORNO, 2009a, p. 440.

⁵³⁵ Ibidem, p. 440.

⁵³⁶ HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopia realista de los derechos humanos. *Diánoia*, vol. LV, no. 64, mayo, 2010, p. 10.

⁵³⁷ RICARD, Marie-Andrée. Le défi du politique. In: KONICK, Thomas De; LAROCHELLE, Gilbert. *La dignité humaine: philosophie, droit, politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p. 89-90.

todos.⁵³⁸ De acordo com Maria Helena Damasceno e Silva Megale, o Direito, diferentemente das ciências demonstrativas ou explicativas, é campo de argumentações e aceita probabilidades, cuja evidência deve ser sempre a da justiça. Apesar de não conter o rigor matemático, o rigor do fundamento científico da probabilidade no Direito decorre da verdade primordial, da dignidade humana, ou seja, da vida, tomada no sentido do complexo da existência.⁵³⁹

No entanto, o ceticismo que prevalece na época atual sobre a possibilidade de se reconhecer uma verdade ou um valor objetivo torna-se obstáculo à tentativa de encontrar uma fundamentação racional para a dignidade humana. Por outro lado, diante das possíveis consequências da biotecnologia sobre as futuras gerações, é necessário afirmar o princípio da dignidade humana.⁵⁴⁰ Forma-se, assim, um paradoxo: “as sociedades modernas vislumbram a urgência de afirmar um princípio de forma incondicional, justamente quando menos acreditam em princípios incondicionais”.⁵⁴¹

Roberto Andorno identifica, ainda, um segundo paradoxo, fundado na relação entre o homem e a natureza e no lugar atribuído à pessoa humana no cosmos. A concepção de que os seres humanos são fins em si mesmo e de que a natureza é meio para satisfazer suas necessidades, fomentada pelas crenças judaico-cristãs, gerou um antropocentrismo moderado, em que o homem tinha poderes limitados, pois estava subordinado a Deus. Tal antropocentrismo, no entanto, tornou-se exagerado a partir dos filósofos racionalistas, quando a natureza deixou de refletir uma ordem cósmica para tornar-se matéria submetida ao poder dos homens. É desse poder ilimitado que surge o paradoxo apresentado por Andorno. A concepção materialista da natureza, além de justificar uma exploração irracional, com a degradação do meio-ambiente, é estendida ao próprio corpo humano e os seres humanos arriscam-se, ao final, a tornar-se apenas um objeto deles mesmos.⁵⁴² Afirma o autor:

O reducionismo da pessoa a simples matéria conduz à negação de sua dignidade intrínseca. Se a pessoa for apenas um conjunto organizado de elementos químicos, não há sentido falar-se em dignidade humana, haja vista que seria absurdo sustentar que tais elementos possuem dignidade,

⁵³⁸ ANDORNO, 2009b, p. 81.

⁵³⁹ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Uma recordação da retórica no Fedro de Platão ou a força de resposta do discurso juspolítico inspirado na ideia de justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 337-360, 2008, p. 354.

⁵⁴⁰ ANDORNO, 2009a, p. 441.

⁵⁴¹ Loc. cit.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 442-443.

ainda que fossem combinados de maneira assaz particular. Com efeito, se não reconhecermos nenhum tipo de elemento espiritual na configuração de cada indivíduo, parece extremamente difícil, se não impossível, sustentar a ideia de dignidade humana.⁵⁴³

Não se ignora que a dignidade da pessoa humana tem sido constantemente aventada para a justificação dos mais diversos posicionamentos, por vezes antagônicos. O conceito é tomado para fundamentar, ao mesmo tempo, a defesa da vida e a defesa da autonomia de tirar a vida. Essas divergências de interpretação, no entanto, não retiram da dignidade da pessoa humana sua importância. Ainda que se verifique a pluralidade de aplicações do conceito, reflexo da pluralidade de interpretações da vida, dos valores morais e do próprio Direito, a dignidade tem o relevante papel de reconhecer a todo ser humano um valor inato, que não é conferido pelo Direito, não podendo, assim, ser suprimido. Desse valor inerente, decorre que o ser humano é digno de respeito e proteção por parte do Estado e de outros indivíduos.

Na era da biotecnologia, a dignidade da pessoa humana tem a relevante função de lembrar que o homem é um fim em si mesmo, como proclamado por Kant, e que, assim, não pode ser instrumentalizado. Além disso, o homem não pode ser reduzido a um organismo biológico, noção que ignora a complexidade de sua existência. O homem é, nas palavras de Morin, “um complexo bioantropológico e biosociocultural”, formado por muitas dimensões, as quais, se deslocadas desse complexo, são mutilantes para o conhecimento e para a ação.⁵⁴⁴

No pensamento de Fukuyama, a natureza humana é a base dos direitos humanos, sendo ela definida como “a soma do comportamento e das características que são típicos da espécie humana, originando-se de fatores genéticos em vez de ambientais”⁵⁴⁵. Refere-se o autor à existência de teóricos, como David Hull, que consideram impossível falar em traços humanos pretensamente universais e característicos exclusivamente da espécie humana, eis que muitos deles são compartilhados com outros animais, bem como de outros, como Richard Lewontin, para quem o genótipo não é determinante do fenótipo, havendo uma moldagem dos traços e comportamentos humanos pelo ambiente. No

⁵⁴³ ANDORNO, 2009a, p. 443.

⁵⁴⁴ MORIN, 2010, p. 130-131.

⁵⁴⁵ FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Rocco, 2003, p. 139.

entanto, ambas as críticas não obstam o reconhecimento de um conjunto de características eminentemente humanas.⁵⁴⁶

Para Fukuyama, a exigência de igualdade de reconhecimento e respeito, paixão dominante da modernidade, está centrada na ideia de que, quando se despe uma pessoa de todas as suas características contingentes e acidentais, resta uma qualidade essencial merecedora de um mínimo de respeito.⁵⁴⁷ Para os cristãos, essa qualidade tem origem no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Para Kant, ela era fundada na capacidade humana de escolha da moral, isto é, os seres humanos têm dignidade porque são capazes de agir de acordo com uma lei moral.⁵⁴⁸

A noção de essência humana foi refutada por Darwin, cuja teoria baseava-se na ideia de que as espécies não têm essências, pois seu comportamento muda com a evolução. No entanto, para Fukuyama, é preciso superar o reducionismo das ciências biológicas. O comportamento do ser humano, complexo, não pode ser compreendido como o comportamento das suas partes. Desse modo, a qualidade essencial que confere aos seres humanos dignidade não pode ser reduzida à escolha moral, à razão, à linguagem, à sociabilidade, à sensibilidade, às emoções ou à consciência. São todas essas características que, combinadas, constituem a tal qualidade.⁵⁴⁹

O que se quer proteger dos avanços da biotecnologia é, para Fukuyama, a extensão de nossas naturezas complexas, isto é, as interações complexas de características singularmente humanas como escolha moral, razão e emoções. Quer-se, assim, evitar a redução dos fins da biomedicina a fins utilitários que reduzem uma diversidade complexa de fins e propósitos naturais a um pequeno número de categorias simples como dor, prazer ou autonomia. A barganha da biotecnologia é justamente a promessa da cura de doenças ou do prolongamento da vida.⁵⁵⁰

3.2.2 A intervenção do Estado para o resguardo da dignidade e dos direitos do homem

No Renascentismo, o homem foi colocado no centro do universo, substituindo o lugar antes ocupado por Deus. Esse antropocentrismo representou, em um primeiro

⁵⁴⁶ FUKUYAMA, 2003, p. 143-144.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 158.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 159-160.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 179-180.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 180-185.

momento, o reconhecimento de um valor inerente ao homem, que deve ser respeitado. A evolução do pensamento filosófico para a valorização do homem foi um grande avanço jurídico, que redundou, séculos mais tarde, no reconhecimento de um conjunto de direitos considerados fundamentais, oponíveis ao Estado e também aos demais indivíduos.

A construção da teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos encontra seu fundamento maior na existência de algo especial em cada ser humano, que o torna digno de respeito e proteção. Essa especificidade humana pode não estar ao alcance da ciência, por extrapolar o conhecimento atual e mesmo a possibilidade de tradução em elementos ou características quantificáveis. Ela é, no entanto, facilmente intuída e sentida, tendo sido consagrada por meio do que se convencionou chamar de dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é de difícil definição porque se refere a um valor pertencente a cada membro da espécie humana. Esclarece Antônio Junqueira de Azevedo que se trata de um conceito jurídico indeterminado de caráter normativo e axiológico, por ser expressão do valor da pessoa humana.⁵⁵¹ Afirma que a correta determinação do conceito de dignidade deve partir da concepção de homem como ser integrado à natureza, cuja principal característica não está na razão, na vontade ou na autoconsciência, também verificada em animais superiores, mas sim nas capacidades de reconhecer no outro um igual, de usar a linguagem, dialogando, e na sua vocação para o amor.⁵⁵² Para o autor, “a pessoa é um bem, e a dignidade, seu valor”⁵⁵³.

Trata-se do reconhecimento de que o ser humano é dotado de uma natureza especial, que não se identifica por características, mas talvez por aptidões, como as capacidades de reconhecer no outro um igual e de amar, as quais o tornam um fim em si mesmo e o fim de toda a existência humana. É, como ensina Sgreccia, a existência não apenas física, mas uma superexistência espiritual no conhecimento e no amor, que confere ao homem um valor diferente dos outros animais.⁵⁵⁴ O reconhecimento jurídico desse valor, ainda que de forma abstrata e aberta, foi um marco divisor no Direito, pois igualou os seres humanos, estendendo a todos a proteção.

Assim, não se pode, a pretexto de um desenvolvimento científico e tecnológico necessário, afastar esse reconhecimento ou curv-lo às necessidades da ciência ou da

⁵⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, v. 797, ano 91, p. 11-26, março 2002, p. 12.

⁵⁵² *Ibidem*, p.13.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁵⁴ SGRECCIA, 2009, p. 139.

técnica. É o bem-estar do ser humano a finalidade última do apregoado desenvolvimento, de modo que eventuais riscos a esse em prol do progresso é um contrassenso e deve ser vedado. Enquanto se desenvolve o embate social sobre as biotecnologias, cabe ao Direito intervir para resguardar as evoluções jurídicas e humanistas alcançadas na proteção a todo ser humano e na consagração da dignidade humana.

Diante do considerável poder que a biotecnologia proporcionou ao homem, para resguardar a dignidade e os direitos do ser humano, resta um caminho, lembrado por Francis Fukuyama: usar o poder do Estado para regulá-la. Para o autor, é preciso encontrar um meio-termo entre as posições que defendem a permissão de todas as investigações científicas e de sua aplicação e aquelas que pretendem a proibição completa, a fim de que existam orientações práticas sobre como dirigir o desenvolvimento de modo a que a tecnologia continue sendo a serva do homem.⁵⁵⁵

Os argumentos em favor de uma liberdade de pesquisa e de utilização da técnica são, muitas vezes, convincentes do ponto de vista utilitarista. Todavia, uma reflexão que incida sobre a ética e os valores humanos revela a falácia de muitos deles, conduzindo sempre ao apelo à prudência. Tomar como base para a atuação do legislador a responsabilidade, a precaução e o resguardado da dignidade e dos direitos humanos é a melhor forma de se garantir o desenvolvimento tecnocientífico sem prejudicar os avanços jurídicos consolidados.

Ressalte-se que a preocupação com o resguardo da dignidade humana em face das biotecnologias foi inserida em diversos documentos internacionais de direitos humanos. A Declaração de Helsinque, elaborada pela Associação Médica Mundial para estabelecer princípios éticos à pesquisa envolvendo seres humanos, prevê que a pesquisa médica está sujeita a padrões éticos que promovem e garantem o respeito a todos os seres humanos, protegendo sua saúde e direitos, e que o objetivo da pesquisa médica de gerar novos conhecimentos não pode ter precedência sobre os direitos e interesses de cada sujeito da pesquisa.⁵⁵⁶

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, aprovada em 1997, fez especial referência à dignidade da pessoa humana, referindo-se a ela diversas vezes no texto no documento. Atente-se para o art. 2º, que reconhece a todo indivíduo o

⁵⁵⁵ FUKUYAMA, 2003, p. 23.

⁵⁵⁶ ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinque. Junho de 1964. Disponível em: <http://www.amb.org.br/_arquivos/_downloads/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente das suas características genéticas, impedindo que eles sejam reduzidos a tais características e exigindo o respeito a sua singularidade e diversidade.⁵⁵⁷

A Declaração dispõe, ainda, que as pesquisas ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano não devem prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana (art. 10), bem como que práticas contrárias à dignidade, como a clonagem, não devem ser permitidas (art. 11). No documento, são dispostas, também, as condições para o exercício da atividade científica, entre as quais a necessidade de especial atenção às responsabilidades inerentes à atividade dos pesquisadores e dos formuladores de políticas públicas ou privadas de desenvolvimento científico e a necessidade de assegurar a liberdade de pesquisa, respeitados os princípios consagrados na Declaração, salvaguardando os direitos humanos, as liberdades fundamentais, a dignidade humana e a proteção da saúde pública.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada em outubro de 2005, na Conferência Geral da Unesco, estabelece, como objetivo, no art. 2º, contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, mas também reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos respeitem os princípios éticos nela previstos, a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.⁵⁵⁸

A Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, adotada em 1997 pela Conferência Geral da Unesco, estabelece um dever das gerações presentes de assegurar a manutenção e a perpetuação da humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana.⁵⁵⁹

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia prevê um capítulo para a dignidade da pessoa humana, no qual estabelece que a dignidade humana é inviolável, devendo ser respeitada. Dispõe, ainda, que no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados o consentimento livre e esclarecido, a proibição das práticas eugênicas,

⁵⁵⁷ UNESCO. Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

⁵⁵⁸ UNESCO. Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

⁵⁵⁹ UNESCO. Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016.

daquelas que visam a transformar o corpo humano e suas partes em fontes de lucro e da clonagem reprodutiva (art. 3º, capítulo 1).⁵⁶⁰

A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, chamada Convenção de Oviedo, também reconhece um valor inato ao ser humano, estabelecendo limites às intervenções tecnológicas que incidam sobre ele. Dispõe, no preâmbulo, entre as razões que levaram à sua adoção, a necessidade de que o ser humano seja respeitado simultaneamente como indivíduo e membro pertencente à espécie humana e a constatação da existência de atos que poderiam pôr em perigo a dignidade humana pelo uso impróprio da biologia e da medicina. Prevê, ainda no preâmbulo, que os progressos da biologia e da medicina devem ser utilizados em benefício das gerações presentes e futuras.⁵⁶¹

O art. 1º do documento dispõe, assim, que o objeto e a finalidade da Convenção é proteger o ser humano em sua dignidade e identidade, garantindo a toda pessoa, sem discriminação, o respeito pela integridade e pelos outros direitos e liberdades fundamentais em face das aplicações da biologia e da medicina. No art. 2º, estabelece que o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.

Há, assim, um consenso quanto à necessidade de que a atividade investigativa e a aplicação das novas técnicas médicas sejam feitas apenas quando não violem a dignidade e os direitos dos seres humanos ou quando incidirem em seu benefício.

Isso significa que o emprego da técnica somente é legítimo e lícito quando dele resulte benefício ao ser humano. Desse modo, se tal emprego implicar o sacrifício de um ser humano em prol de outros, já não se verifica a licitude, pois, para a pessoa sacrificada, a ação reverteu em prejuízo. Este é, pois, o limite da técnica: estar a serviço do homem.

O limite da não instrumentalização do ser humano deve ser tomado como rígido e inafastável, consequência direta do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A relevância dessa inafastabilidade reside na nossa perda progressiva da capacidade crítica em relação às novas biotecnologias que, incorporando a promessa da cura para todas as doenças e do prolongamento da vida, torna-nos mais vulneráveis a aceitar o sacrifício dos direitos humanos em favor dessa “tentação prometéia”. Salienta Francesco D’Agostino:

⁵⁶⁰ UNIÃO EUROPÉIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

⁵⁶¹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e a Biomedicina. Adotada em Oviedo, em 4 de Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em 25 de março de 2016.

Na realidade, não é tanto o conjunto das pretensões que o homem contemporâneo nutre em relação ao saber médico que cria, em última análise, o desconforto, e sim uma específica pretensão que o homem descobre ter em relação a si mesmo (ou pelo menos ao seu corpo): aquela de querer evitar sempre e a qualquer custo a doença, objetivando-a; uma pretensão tão radical e insistente e, ao mesmo tempo, tão ingênua e tão humanamente compreensível que não é difícil ver como nela a doença acaba sendo elevada a protótipo simbólico e definitivo do mal.⁵⁶²

Para o autor, a medicina nutre um insolúvel paradoxo que lhe é intrínseco: o desejo de remover o homem, ser contingente, da lógica intrínseca da sua contingência. Ensina que a medicina construiu a si mesma como saber e sua práxis terapêutica a partir da “implícita e universal rebelião que existe em todo homem contra o mal”. Porém, a doença e a morte pertencem à nossa natureza e quem as combate está fadado ao fracasso.⁵⁶³ Todavia, a esperança de cura desse mal parece conduzir a humanidade a aceitar a relativização dos direitos consagrados e a instrumentalização de si própria. Os fins parecem justificar os meios, em uma lógica de priorização da técnica ao ser humano.

O desenvolvimento tecnocientífico interessa ao ser humano e possibilita-lhe uma melhoria da qualidade de vida e da saúde, mas existe para servi-lo. Na medida em que o homem é colocado a serviço da ciência para que ela possa evoluir, há, certamente, uma inversão perigosa: o fim torna-se instrumento e o instrumento torna-se fim. A ciência colocada como um fim em si mesmo é abstrata, sem preocupação moral e desvinculada daquilo que deveria ser sua finalidade precípua: o bem-estar do homem. Reflete Michel Henry que, se o projeto e a tecnologia científica escapam ao fim de melhorar a vida humana, transformam-se em um auto-desenvolvimento monstruoso, que dá início a um novo tipo de barbárie sob cujo peso a humanidade pode perecer, destruindo-se espiritualmente.⁵⁶⁴

O debate sobre a biotecnologia encontra-se polarizado, hoje, entre um grupo libertário, que sustenta a liberdade de desenvolvimento de novas tecnologias, e um grupo heterogêneo com preocupações morais relativas à biotecnologia, que propõe a proibição de algumas técnicas, como a pesquisa com células-tronco e a clonagem. Essa polarização, para Fukuyama, precisa ser superada, a fim de que se reflita sobre a intervenção política na

⁵⁶² D’AGOSTINO, 2006, p.26.

⁵⁶³ D’AGOSTINO, 2006, p.28.

⁵⁶⁴ HENRY, 1989.

ciência.⁵⁶⁵ As decisões sobre a biotecnologia são, para o autor, um problema político, que extrapola a esfera da ciência, já que incapaz de refletir sobre seus próprios fins. É, pois, a comunidade política democraticamente constituída, agindo por meio de seus representantes eleitos, que deve ser incumbida de decidir sobre os usos legítimos e ilegítimos da ciência.⁵⁶⁶

Cabe ao legislador, portanto, a função de garantir que o desenvolvimento científico e tecnológico ocorra sem prejuízo ao ser humano. No entanto, para isso, é preciso que o Direito deixe a posição de mero contemplador para penetrar na esfera da biotecnologia, normatizando-a de acordo com o conjunto de normas já vigentes no ordenamento jurídico. O progresso científico, lembra José de Oliveira Ascensão, não implica valia ética nem licitude jurídica, mas, apesar disso, as novas descobertas defrontam o desarmamento quase total da ordem jurídica positiva.⁵⁶⁷

Para o civilista, é preciso trazer os fenômenos para o campo do Direito, analisando-os e valorando-os à luz dos princípios jurídicos fundamentais. Há, nas palavras dele, “que verificar em que medida a pessoa é servida e em que medida pode ser afetada pelas novas técnicas biomédicas”, pois, “ao lado de contributos maravilhosos, se apresentam também realidades inquietantes”.⁵⁶⁸ Assim, respeitada a prudência do momento certo de superar a autorregulamentação e intervir, deve-se ter em mente que o vazio legislativo favorece a introdução de práticas condenáveis contra as quais pode ser difícil combater.⁵⁶⁹

No âmbito da reprodução assistida, retoma-se a lição de Maria do Céu Patrão Neves de que a técnica é legítima como meio para “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que deseja ter um filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une. Desse modo, a técnica é posta a serviço do casal para substituir uma função ausente, possibilitando que seja concretizada a expressão biológica da relação afetiva.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ FUKUYAMA, 2003, p. 191-192.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 193.

⁵⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, v. 328, out-nov-dez, 1994, p. 69-80, p. 69.

⁵⁶⁸ *Loc. cit.*

⁵⁶⁹ *Loc. cit.*

⁵⁷⁰ NEVES, 2009, p. 132.

No entanto, a reprodução assistida tem, gradualmente, deixado a função para a qual foi criada, como um auxílio à concepção nos casos de infertilidade do casal, para se tornar um recurso à satisfação de interesses dos pais, dos médicos e dos cientistas.

Não se pode ignorar o fato de que muitos casais, cujas esperanças de gerar um filho foram abaladas após anos de tentativas frustradas e respostas médicas desanimadoras, alcançaram a tão desejada criança por meio das técnicas de reprodução assistida. Não se pode ignorar, também, que, a despeito dos desvirtuamentos, tais técnicas foram criadas para gerar a vida e devem, por isso, ser acolhidas e empregadas.

Gerar um novo ser humano é um projeto de amor que em nada prejudica a humanidade, pois toda nova vida representa uma nova oportunidade para quem está nascendo e para o mundo que a recebe. No entanto, a toda intervenção sobre a vida humana devem ser impostos limites que resguardecem os direitos de todos os envolvidos, sobretudo o direito do novo ser, ainda incapaz de falar por si próprio.

Esses limites, conforme visto na primeira parte deste trabalho, não podem ficar restritos à esfera da autorregulação médica e científica, que, muitas vezes, são incapazes de levar em consideração os valores humanos e as conquistas jurídicas na proteção aos direitos e à dignidade do homem. A intervenção do Estado, por meio, sobretudo, da função legislativa é imprescindível para que as decisões sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida sejam tomadas com base na precípua finalidade de gerar o bem para o ser humano, resguardando-se, em qualquer hipótese, a proteção a sua dignidade e a seus direitos.

3.3 A imperiosa proteção do embrião humano

Na aplicação das técnicas de reprodução assistida, a maior preocupação deve pairar sobre aquele que será gerado: o embrião humano. Esse novo ser, que não participou da decisão de procriar ou das tratativas inerentes ao emprego da técnica é, no entanto, o mais afetado por ela. Se, por um lado, deixou de habitar os pensamentos dos pais para tornar-se real, ganhando a vida, por outro, arrisca-se a ser um “instrumento” nas mãos dos médicos nos laboratórios e para a satisfação da vontade dos genitores.

A discussão sobre a personalidade e os direitos do nascituro remonta ao direito romano e, apesar do transcurso de muitos séculos, ainda não encontra tratamento pacífico. Os juristas parecem desconsiderar os progressos médicos, que possibilitaram a

visualização do nascituro, ainda dentro do ventre materno, com sua individualidade e suas características eminentemente humanas. Os médicos, embora não possam ignorar aquele ser em formação no ventre materno, que se tornou também um paciente, restringem-no à esfera biológica, deixando de reconhecer ali um sujeito de direitos.

Com a intervenção médica sobre a reprodução e o desenvolvimento de tecnologias aptas a realizar a concepção em laboratório, obteve-se, pela primeira vez, um embrião humano ao alcance das mãos e ao alcance de todo o poder e a ambição do homem. O embrião, de quem muito pouco se falava, pois era no estágio fetal que o nascituro se fazia presente nas discussões jurídicas, filosóficas e médicas, ganhou o papel principal nos novos embates éticos.

Os estudiosos divergiram quanto ao *status* e ao tratamento que lhe deveria ser dado, se de um sujeito de direitos ou não. Prevalece, como objeto da divergência, o momento em que se inicia a pessoa. Embora exista consenso quanto ao reconhecimento de que o embrião pertence à espécie humana, há diversas teorias para explicar o início da vida ou da pessoa.

Lembra Jérôme Lejeune que a passagem da “coisa” ao “homem” é marcada por uma zona cinzenta. Para alguns, ocorreria com a fecundação, para outros, com a nidação e para terceiros, ainda, com o aparecimento da linha primitiva, esboço do sistema nervoso central. Há, ainda, os que exigem a capacidade de sobrevivência do feto fora do seio materno e outros para os quais somente o nascimento geraria a pessoa. Para o autor, a espera é tanto mais longa quanto menos límpidas são as intenções que abriga.⁵⁷¹

Houve, até mesmo, quem, como Peter Singer, defendesse que o embrião não é um ser humano, pois, para ser humano seria preciso ser um membro da espécie *Homo sapiens* e ser pessoa, sendo que essa última qualidade falta aos embriões e fetos no pensamento dele. Salienta, ainda, que o embrião não tem nenhuma característica de individuação, pois, por volta do décimo quarto dia após a fecundação, pode separar-se em dois ou mais embriões geneticamente idênticos. Logo, de acordo com seu pensamento, a eliminação de um embrião ou de um feto põe fim a uma existência que não tem valor intrínseco.⁵⁷²

A posição adotada por Peter Singer remete ao Relatório Warnock. Mary Warnock, filósofa inglesa, compôs, na década de 1980, uma comissão para examinar as implicações

⁵⁷¹ LEJEUNE, Jérôme. *L'embrione segno di contraddizione: dai verbali del processo di Maryville*. Edizioni Orizzonte Medico, 1992, p. 96.

⁵⁷² SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 148-149.

sociais, éticas e legais do então recente desenvolvimento no campo da reprodução assistida. O relatório Warnock, elaborado por essa comissão e divulgado em junho de 1984, estabelece a permissão para pesquisas com embriões humanos que estejam em estágio de desenvolvimento até o décimo quarto dia. Considerou-se que o respeito ao embrião não é absoluto e pode ser ponderado haja vista os benefícios oriundos da pesquisa científica. A maior relevância do relatório Warnock diz respeito à consagração do limite de quatorze dias para a utilização de embriões para a pesquisa.⁵⁷³

Tristram Engelhardt, de modo semelhante, entende que as pessoas, e não os seres humanos, são especiais. Assim, distingue a vida humana pessoal da mera vida biologicamente humana, pois não é o pertencimento à espécie *homo sapiens* que nos torna especial, mas sim a condição de ser pessoa. Para ele, somente aqueles que podem consentir em algo, transmitir autoridade moral em relação a elas mesmas e a suas posses são denominados pessoas. Isso significa que apenas os humanos moralmente competentes têm uma posição moral central que lhes reconhece valor e direitos, sendo excluídos dessa noção, portanto, os embriões, os fetos e os bebês.⁵⁷⁴

Giovanni Cipriani esclarece que as teorias sobre o início da pessoa podem ser resumidas em duas: a filosofia funcionalista, também chamada reducionista, empirista ou do critério biológico, e o personalismo ôntico ou substancialismo personalista. Para os defensores da primeira teoria, entre eles Peter Singer e Tristram Engelhardt, existem seres humanos que não são pessoas e seres não-humanos que podem sê-lo. O ser pessoa está condicionado ao aparecimento de certas propriedades ou à capacidade de exercer algumas funções. Há, assim, os que defendem ser o embrião pessoa após vinte e uma horas da fecundação, quando há a junção dos patrimônios genéticos feminino e masculino; após seis a sete dias da fecundação, quando há o início da nidação; após quinze dias, quando finaliza a nidação; dezoito dias após aquele marco, quando se forma a placa neural, ou após quarenta dias, quando inicia a atividade do sistema nervoso central.⁵⁷⁵

Na teoria funcionalista, que parte de pressupostos relacionados ao empirismo e ao utilitarismo materialista, segundo o autor, existe o risco de definir a pessoa de acordo com um “nível de consciência” a ser definido pela sociedade, que estaria incumbida de estabelecer critérios próprios de humanidade. No pensamento de Cipriani, os “indicadores

⁵⁷³ JONSEN, Albert. *Bioethics Beyond the Headlines. Who lives? Who dies? Who decides?* Maryland: Oxford, 2005, p.71.

⁵⁷⁴ ENGELHARDT JR., 2015.

⁵⁷⁵ CIPRIANI, Giovanni. *O embrião humano: na fecundação, o marco da vida*. São Paulo: Paulinas, 2007, p.36.

de humanidade” – autoconsciência, racionalidade, etc. – necessitam de um substrato substancial que permaneça mesmo quando tais indicadores possam estar ausentes, pois, do contrário, haveria um processo para se tornar pessoa, no qual alguns seres humanos são mais pessoa do que outros.⁵⁷⁶

A teoria funcionalista, na medida em que estabelece um critério discricionário para a fixação do início da pessoa humana, parece tornar a proteção ao ser humano uma decisão política. Assim, de acordo com os interesses científicos, econômicos ou políticos, o embrião seria pessoa no décimo quarto dia ou apenas após dois meses da concepção ou mesmo com o nascimento. A relatividade desses critérios e a ausência de provas de um marco divisório no desenvolvimento que permita concluir sobre o início da pessoa tornam essa concepção inadequada à tutela do ser humano que, em tese, poderia ser tratado como coisa até o advento do marco escolhido.

De outro lado, para o personalismo ontológico, há uma intrínseca identidade entre pessoa, ser humano e vida humana, considerando-se a fecundação como o início da pessoa humana. A definição filosófica boeciana de pessoa como *rationalis naturae individua substantia*, própria do personalismo, distingue a pessoa dos seus atos e fundamenta, assim, a ideia de que o embrião, por sua natureza ontológica, é pessoa.⁵⁷⁷

A teoria personalista, cujas bases encontram-se em Boécio e Tomás de Aquino, pretende justificar uma identidade entre ser humano e pessoa, por meio do reconhecimento de que a natureza humana é caracterizada por sua racionalidade. Portanto, o ser humano não se torna pessoa pelo exercício de certas funções, mas o é em razão de sua natureza racional, condição que não pode ser adquirida, aumentada ou diminuída.⁵⁷⁸

Entre os defensores do personalismo ontológico, Elio Sgreccia entende que, embora o embrião humano não esteja em condições de exercer atividades tipicamente humanas, desde o momento da fecundação, ele tem a capacidade real de ativá-las. Não se pode, assim, afirmar a distinção ontológica entre o indivíduo humano, qualquer que seja o estágio de desenvolvimento, e a pessoa humana.⁵⁷⁹ Laura Palazzani, no mesmo sentido, entende que, não havendo distinção ontológica entre os estágios de desenvolvimento, faz-

⁵⁷⁶ CIPRIANI, 2007, p. 44.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 50-53.

⁵⁷⁸ PALAZZANI, Laura. Person and human being in bioethics and biolaw. In: WEISSTUB, David N.; PINTOS, Guillermo Diaz (eds.). *Autonomy and human rights in health care*. Amsterdam: Springer Netherlands, 2008.

⁵⁷⁹ SGRECCIA, 2009, p. 134.

se necessário reconhecer a todo ser humano, inclusive ao embrião, a dignidade e os direitos de uma pessoa.⁵⁸⁰

No âmbito do Direito, Silma Mendes Berti defende que o embrião tem todas as potencialidades do ser humano. Esclarece que, durante o estágio embrionário, as células diferenciam-se e especializam-se para formar a morfologia e os órgãos do corpo, transformação que não ocorre por ato da mãe, mas por ato do próprio embrião, que empreende essa autoconstrução. Não se trata, portanto, de uma célula da mãe ou de um conjunto de células ou tecidos dela, mas de um novo ser biologicamente diferente dos pais. Assim, é, para a autora, a qualificação de humano, vez que está predestinado a sê-lo, e a individualidade do novo ser que lhe conferem dignidade e direitos.⁵⁸¹

Cumprido esclarecer que não é propósito deste trabalho aprofundar o estudo do embrião, de seu *status* de pessoa, de sua personalidade jurídica e de seus direitos, visto que tal temática demandaria uma abordagem interdisciplinar e extensa, que fugiria ao tema substancial em análise. Um estudo específico desses pontos, abrangendo o início da vida, o conceito de pessoa e o *status* moral e legal do nascituro foi desenvolvido pela autora deste trabalho em dissertação de mestrado, ao qual se remete o leitor para aprofundamento do tema.⁵⁸²

O reconhecimento do embrião como pessoa enseja um debate que se polariza entre aqueles que entendem tratar-se de um conjunto de células e os que o vêem como sujeito dos mesmos direitos de um ser humano já completamente formado. Essa discussão, embora necessária, revelou-se pouco frutífera nos últimos anos, já que, em virtude das questões morais envolvidas, o consenso parece impossível. Assim, para os fins pretendidos neste trabalho, de justificar a necessidade de uma lei sobre reprodução assistida e auxiliar tal elaboração, restringir-se-á, apenas, a definir se o embrião humano é digno de proteção jurídica.

A dificuldade de definir um tratamento a ser dado ao embrião humano parte, inicialmente, do problema da associação do valor do ser humano a características físicas. Há, sem dúvida, uma compaixão maior pela aparência humana do que pelo “conteúdo de um tubo de ensaio”. Ver naquele amontoado de células alguém digno de respeito, proteção

⁵⁸⁰ PALAZZANI, op. cit.

⁵⁸¹ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49-53.

⁵⁸² Cf. AULER, Juliana de Alencar. *O nascituro portador de malformações no cenário jurídico atual*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

e direitos é, de fato, uma difícil tarefa. No entanto, a proteção ao embrião não é apenas a proteção ao amontoado de células que nossa limitada visão permite enxergar. Trata-se da tutela de um ser humano e, na era da biotecnologia, da própria humanidade.

A despeito da concepção defendida por Peter Singer, existe certo consenso de que o embrião é um ser humano. O desenvolvimento da medicina fetal e dos métodos de diagnóstico, com ênfase no ultrassom, possibilitou a percepção de que o desenvolvimento do ser humano inicia-se no interior da barriga da mãe e cessa apenas com a morte. As descobertas científicas que concernem ao início da vida sugerem um desenvolvimento contínuo, que se inicia com a união de um gameta masculino a um gameta feminino formando uma única célula chamada zigoto.⁵⁸³ De acordo com Lilian Piñero Eça, os textos de Embriologia Humana afirmam que o desenvolvimento tem início no momento em que o ovócito é fertilizado pelo espermatozoide.⁵⁸⁴

A genética, por sua vez, demonstrou que esse novo ser é formado por um código genético único e exclusivo, que o individualiza em relação aos demais. Com a fecundação, o patrimônio genético da mãe une-se ao do pai e forma uma constituição biológica única que pertence ao novo indivíduo gerado. Salienta Elio Sgreccia que o primeiro dado incontestável, esclarecido pela genética é o de que, no momento da penetração do espermatozoide no óvulo, os dois gametas dão origem a uma nova entidade biológica, o zigoto, que traz em si um novo “projeto-programa individualizado”, isto é, uma nova vida individual.⁵⁸⁵

Todo novo ser, observa Lejeune, oriundo de uma reprodução sexuada, inicia quando há o encontro entre a informação genética transmitida pelo pai e a informação transmitida pela mãe, momento a partir do qual toda informação necessária e suficiente para definir aquele ser já está presente. Essa noção elementar, de acordo com o autor, tem o significado de exprimir o respeito devido ao embrião por fazer parte da nossa espécie, por ser humano.⁵⁸⁶ Lembra que, em Nuremberg, foi condenada a afirmação de que um prisioneiro não seria um homem, podendo-se fazer com ele o que quisesse. Contudo, essa mesma afirmação repudiada tem sido feita hoje sobre o embrião humano.⁵⁸⁷

⁵⁸³ MOORE, Keith, PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. Trad. Ariosvaldo Vulcano. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994. p. 13.

⁵⁸⁴ EÇA, Lilian Piñero. Por que não à terapia com células tronco embrionárias – CTEHs? In: MARTINS, Ives Gandra (org.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 526.

⁵⁸⁵ SGRECCIA, 2009, p. 434.

⁵⁸⁶ LEJEUNE, 1992, p. 96-97.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 102.

Conforme observa Mônica de Aguiar, a eleição, pelo relatório Warnock, do prazo de quatorze dias após a fecundação para a investigação científica foi aleatória e teve um caráter “falsamente científico”, baseado mais na necessidade de salvaguardar um suposto interesse público e acalmar a comunidade científica, do que em critérios técnicos. O termo criado, pré-embrião, não tem significado biológico e traz uma carga de desprezo à condição humana e à entidade biológica do embrião acobertada pelos argumentos de que as críticas à terminologia criada fundamentam-se na ausência de conhecimento técnico ou no apego à moral, à religião ou à ética.⁵⁸⁸

O embrião é, pois, um ser humano no estágio inicial do seu desenvolvimento. Como tal, ele deve ser protegido. Ainda que se chegue à conclusão, após um debate aberto e democrático, de que o embrião humano não deve ser titular dos mesmos direitos de um indivíduo já nascido, a mera constatação de que ele é um ser humano implica, necessariamente, que ele seja destinatário de proteção jurídica. O rigor dessa afirmação decorre do consenso já existente e aceito pelas legislações ocidentais de que todo ser humano tem um valor inerente, que impede seja tratado como coisa ou instrumentalizado. A dignidade da pessoa humana que, como visto, está presente em inúmeros documentos internacionais de direitos humanos, é o reconhecimento de que todos os homens são iguais em valor e, por isso, devem ser igualmente respeitados.

Compreender que o embrião é um ser humano demanda, para Dietmar Mieth, que se lhe reconheça um status moralmente relevante, pois, o simples fato de pertencer à espécie humana já envolve um direito particular à proteção. Tutelá-lo apenas como um tipo particular de “material biológico”, segundo o autor, viola esse status moralmente relevante do ser humano.⁵⁸⁹

Salienta José Roque Junges, com propriedade, que a defesa do respeito absoluto pelo embrião encontra-se fundamentada não no fato de ser pessoa, mas no fato de sua “ascrição” ao gênero humano ou, conforme esclarece, na solidariedade ontológica de todos os seres humanos.⁵⁹⁰ Embora se discuta a extensão da personalidade jurídica ao embrião, não se pode ignorar que, entre a concepção e a criança nascida, há um desenvolvimento contínuo, que impossibilita identificar uma linha divisória hábil a separar o ser humano da coisa. Conforme registra Junges, “não acontece nenhum fenômeno ulterior que torne

⁵⁸⁸ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 25-30.

⁵⁸⁹ MIETH, Dietmar. Células-tronco: os problemas éticos do uso de embriões para pesquisa. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 173.

⁵⁹⁰ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995, p. 136.

humano quem já não o era”, mas apenas “o desenvolver de potencialidades que estão presentes desde o início”.⁵⁹¹

Para o autor, embora o embrião não seja ainda pessoa humana em sentido pleno, como também não o é o bebê recém-nascido, a ele devem ser reconhecidos direitos, pois esses não se adquirem pelo fato de nascer, mas enquanto ser humano.⁵⁹² Busnelli, de modo semelhante, reconhece que, a despeito das discussões sobre o *status* do embrião antes da implantação no útero, não se pode negar que, nele, encontram-se presentes as condições para que possa desenvolver-se como ser humano.⁵⁹³

O reconhecimento – dificilmente ignorado – de que o embrião pertencente à espécie *homo sapiens* é um ser humano implica que ele seja protegido. Quais são, no entanto, os limites dessa proteção? Em primeiro lugar, reconhecer que o embrião é um ser humano demanda, já de início, reconhecer-lhe um valor intrínseco, traduzido pelas palavras de dignidade da pessoa humana. Tal dignidade, de acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde, não é reconhecida apenas às pessoas, mas a todo homem, independentemente de suas qualificações, características ou capacidades. Nas palavras de Böckenförde, “o único pressuposto necessário para possuir dignidade é ser humano, sendo irrelevante o estágio deste humano”.⁵⁹⁴ Para o autor, a dignidade não pode ser cindida ou destacada da história do ser ao qual é reconhecida, mas, ao contrário, deve abrangê-la. Continua com a seguinte exposição:

Ao se procurar uma fase determinada do processo da vida, em que o respeito e a consideração são devidos ao homem em razão de sua dignidade, para se excluir ou se graduar processualmente tal consideração ou respeito (seja porque, hipoteticamente, haja apenas um embrião de dezesseis ou dezoito células, ou porque tenha ocorrido uma nidação incerta), abre-se uma lacuna no desenvolvimento do homem concreto e individualizado. Se o respeito à dignidade deve valer para todos os homens como tais, então ela deve ser concedida ao homem desde o início, o primeiro instante da sua vida e alcançar este momento, e não apenas ser atribuída ao homem somente se este sobreviver ileso por determinado período de tempo, após, portanto, ter estado desprotegido contra uma coisificação e a impossibilização arbitrária.⁵⁹⁵

⁵⁹¹ JUNGES, 1995, p. 137.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 136.

⁵⁹³ GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil à luz dos direitos fundamentais. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 404.

⁵⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 64-65.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 67.

Desse modo, desde o primeiro instante da vida, que se inicia, conforme a embriologia, com a fecundação, há uma nova essência humana que tem dignidade. O embrião não pode por isso, ser instrumentalizado, isto é, não pode ser utilizado para a satisfação de outros interesses que ofendam o seu próprio. Essa vedação é uma decorrência da dignidade da pessoa humana e visa a tutelar não apenas aquele embrião sobre o qual se intervém, mas a dignidade da existência humana. Permitir intervenções danosas sobre o embrião é, também, aceitar que nem todos os seres humanos merecem proteção e conferir, assim, ao Estado a capacidade de definir quem é ou não titular de direitos.

Em 1984, o primeiro parecer do *Comité Consultatif National d'Éthique*, criado na França, em 1983, introduziu a noção de “pessoa humana potencial”, para definir o embrião e o feto. Essa denominação, que possibilitou as manipulações sobre o embrião humano e a aceitação do aborto, pretendeu ser um meio termo entre duas posições contrapostas, a de que o corpo é um aglomerado de células manipuláveis e a de que o corpo é intocável.⁵⁹⁶

No entanto, a qualificação de pessoa humana potencial é criticada por Giovanni Cipriani, para quem a potencialidade revela, no sentido aristotélico, a “possibilidade real e ativa orientada ao fim”, isto é, a possibilidade de “tornar-se outro”. A crítica está centrada no fato de que não existe, no processo de desenvolvimento do embrião humano, saltos qualitativos ou mudanças substanciais a ponto de se concluir pela transição da potência ao real. O embrião é um ser humano e não um ser em potência.⁵⁹⁷

Ressalte-se que o processo de desumanização do ser humano para fins de exploração foi utilizado algumas vezes na história da humanidade. Esse processo gera um afastamento daquele que se alega menos humano, justificando assim a aceitação de atitudes cruéis, violentas, discriminatórias e destrutivas sobre ele.⁵⁹⁸ Esse discurso de exclusão, utilizado, por exemplo, contra os negros e os judeus, repete-se em face do embrião humano, cujo direito à vida é constantemente violado, a despeito de a evolução da medicina possibilitar a comprovação, mediante análise genética, do seu pertencimento à espécie humana.

No emprego das técnicas de reprodução assistida, é imprescindível resguardar a dignidade e a vida do embrião. Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, lembrar que

⁵⁹⁶ MEMMI, Dominique. O que fazer com o corpo hoje? In: GOUYON, Pierre-Henri; LECOURT, Dominique; MEMMI, Dominique; THOMAS, Jean-Paul; THOUVENIN, Dominique. *A bioética é de má-fé?* São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 22-23.

⁵⁹⁷ CIPRIANI, 2007, p. 54.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 55.

tais técnicas destinam-se a auxiliar a fecundação e devem, por conseguinte, ser utilizadas apenas para esse fim.

Observa Mônica Aguiar que, na reprodução assistida, são empregadas expressões próprias da fabricação de coisas, como “congelamento”, “estoque”, “doação”, “seleção”, “controle de qualidade”, “armazenamento”, entre outras que revelam uma tendência de coisificação do embrião.⁵⁹⁹ Entretanto, José Roque Junges esclarece que procriar é diferente de fabricar. Esta consiste em tomar uma matéria, submetê-la e modelá-la. A fabricação pode resultar um produto imperfeito, que poderá ensejar seu descarte, pois o objetivo é que o produto corresponda ao projetado. Na procriação, a própria etimologia da palavra indica tratar-se de sentido diverso.⁶⁰⁰

A partícula “pro” significa “movimento em direção a” e também “em favor de”. Assim, procriar significa, de acordo com o autor, “projetar no tempo, ousar um ato de fé e esperança na vida, em si mesmo, em confronto com o cônjuge e o futuro filho”. Gerar um filho é, pois, confrontar-se com a surpresa de ele ser diverso do que foi projetado, mas é, também, participar na criação dele, como um ato de amor.⁶⁰¹ Não basta, portanto, o desejo de gerar um filho, sendo preciso, igualmente que os genitores tornem-se pais e mães. Desenvolver a parentalidade, porém, exige um exercício interior de conscientização de que o filho não é um objeto a ser fabricado.⁶⁰²

Desse modo, o recurso às técnicas de reprodução assistida deve ser utilizado para procriar e não para fabricar. O embrião não é, assim, um produto do pais ou dos médicos e não está disponível para as mais diversas intervenções e manipulações. Proteger o embrião, como um indivíduo autônomo, é uma consequência necessária da licitude das técnicas reprodutivas. Não se pode tratá-lo como um instrumento, nem para a satisfação dos interesses da ciência, nem tampouco para a satisfação do interesse dos pais. É, por isso, que o reconhecimento de proteção jurídica ao embrião faz-se imperioso para resguardar-lhe a dignidade própria da humanidade.

Em que pese a discussão sobre o *status* moral e legal do embrião humano, é frequente, nos tratados internacionais de direitos humanos e nas legislações ocidentais, a proibição da geração de embriões exclusivamente para a pesquisa. Tal vedação reflete o reconhecimento de que, como ser humano, o embrião tem dignidade e não pode ser criado

⁵⁹⁹ AGUIAR, 2005, p. 24.

⁶⁰⁰ JUNGES, 1995, p. 154.

⁶⁰¹ Ibidem, p. 154.

⁶⁰² Ibidem, p. 155.

para a instrumentalização. Falta a essa noção apenas o reconhecimento de que o embrião é digno de proteção também no que se refere às suas características eminentemente humanas, devendo ter resguardada sua integridade física e genética e, sobretudo, o direito de desenvolver-se livremente e de nascer. Para Débora Gozzo, o embrião, dentro de suas circunstâncias específicas, também goza do direito a uma vida digna, que corresponde ao direito de ser implantado no útero materno, em condições de desenvolver-se e de nascer.⁶⁰³

⁶⁰³ GOZZO, 2009, p. 404.

TÍTULO III: PONTOS CONTROVERTIDOS: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM

Após demonstrada a necessidade de uma legislação específica sobre a reprodução assistida e analisadas as premissas sobre as quais ela deveria fundar-se, nesta última parte, tratar-se-á de algumas questões controversas surgidas do emprego da técnica, que deverão ser enfrentadas pelo legislador, para cuja disciplina legal pretende-se contribuir com uma reflexão à luz dos princípios elencados no título II. Os pontos controversos escolhidos para estudo estão situados dentro do corte epistemológico feito, referindo-se aos limites às condutas médicas na reprodução assistida e à proteção do embrião humano.

1. LICITUDE E FINALIDADE DA TÉCNICA

A reprodução assistida abrange um conjunto de técnicas que permite a geração de um filho por pessoas biologicamente inaptas a conceber. Desenvolvida como técnica médica de superação da infertilidade humana, a reprodução assistida revelou-se, na verdade, uma forma de geração da vida humana em laboratório, por meio da manipulação dos gametas e da fecundação. Com isso, tornou-se um campo aberto para os interesses social, econômico e científico sobre o início da vida e sobre a reprodução.

A técnica suscitou muitas questões éticas e preocupações concernentes à intervenção humana na concepção de um novo ser. Apesar das inquietações manifestadas por juristas, bioeticistas e religiosos, o aparente milagre por ela proporcionado não poderia, aos olhos da maioria, ser obstaculizado, mesmo diante das incertezas e dos riscos produzidos.

A ênfase midiática no milagre da fertilização *in vitro*, relatada por Testart⁶⁰⁴ e Corrêa⁶⁰⁵, contribuiu para a aceitação irrefletida da reprodução assistida e, até mesmo, para incentivá-la. Além de proporcionar filhos a casais inférteis, a técnica possibilitou o acesso

⁶⁰⁴ TESTART, 1995, p. 27.

⁶⁰⁵ CORRÊA, 2009, p.76.

ao embrião humano fora do ventre materno e, em seguida, assistiu-se à veiculação de reportagens sobre as promessas futuras das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Nessa aura de desenvolvimento científico e promessas, a reprodução assistida ganhou espaço e tornou-se, gradualmente, aceita na maioria dos países ocidentais. Lembra Bernard Seiller que, na França, quando dos debates que antecederam a Lei nº 94-654, de 29 de julho de 1994, que alterou o *Code de la Santé Publique*, foi excluída a discussão sobre a possibilidade de uso da reprodução assistida. A controvérsia restringia-se a aferir até que ponto as tecnologias reprodutivas são aceitáveis por serem toleradas socialmente. A tolerância, por sua vez, era sujeita apenas a dois critérios: o consentimento dos requerentes, julgado indispensável em virtude do primado da vontade individual, e o limite à técnica, correspondente à fronteira a partir da qual a sensibilidade comum recusaria a abordagem.⁶⁰⁶

Para Geneviève Delaisi de Parseval, merece atenção o fato de que nenhuma das diferentes normas sobre as técnicas de procriação assistida parece colocar em causa a existência e a razão desses tratamentos. As técnicas são tratadas como aquisições científicas que precisariam apenas de regulamentação.⁶⁰⁷

Além do interesse científico no início da vida humana, o discurso da liberdade reprodutiva dificultou, ainda mais, a reflexão ética sobre a técnica. Vislumbrou-se, segundo a autora, a passagem do desejo de ter um filho para a necessidade desse filho e, em seguida, para o direito a ele. A referência à vida sem os filhos como um sofrimento transformou-a em sintoma relevante para a medicina, a ser identificado como doença e remediado. Paradoxalmente, no entanto, a reprodução assistida não obteve êxito no tratamento da infertilidade, tratando apenas do sintoma, a ausência de filhos.⁶⁰⁸

A profunda reflexão ética e jurídica que o surgimento da reprodução assistida deveria ter ensejado no início de sua aplicação foi contida em parte pelo tratamento midiático dado à matéria, em parte pelos interesses médico e econômico que suscitou. Com a convivência da sociedade, mal-informada sobre os problemas da técnica, e a inércia do Direito, a reprodução assistida foi amplamente difundida, antes de ser pensada. No Brasil,

⁶⁰⁶ SEILLIER, Bernard. Le législateur face aux questions de bioéthique. In: ISRAËL, Lucien; MÉMETEAU, Gérard (org.). *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Éditions Bassano, 1999, p. 183-184.

⁶⁰⁷ DELAISI DE PARSEVAL, Geneviève. Désir d'enfant, enfant de ses désirs, droits de l'enfant. In: *Diagnostic prénatal, Procréation médicalement assistée, Sciences de la vie et Droits de L'Homme: Des parlementaires à l'écoute*. Colloques de Juin et Septembre 1989 au Sénat. Paris: Editions Alecandre Lacassagne, nº 146,1990, p.65.

⁶⁰⁸ Ibidem, p.62.

por exemplo, vinte anos passados do nascimento do primeiro bebê gerado por fertilização *in vitro*, ainda não se verifica, efetivamente, um debate ético e jurídico sobre a técnica.

Além disso, a confusão dos argumentos contrários à prática com posições religiosas dificultou a abordagem crítica do tema, pois as reflexões éticas sobre o uso da técnica foram, com frequência, taxadas de dogmas religiosos e afastadas dos já escassos debates acadêmicos. As problemáticas inerentes à intervenção da medicina sobre o ato íntimo de geração de um filho e à manipulação da vida humana embrionária em laboratório foram substituídas, desde logo, por questões afetas às consequências do uso da técnica, como se a licitude da reprodução assistida fosse premissa inafastável. As reflexões passaram, assim, ao plano da possibilidade de uso de gametas doados, da definição da paternidade e da maternidade e das consequências sucessórias, relegando a plano secundário as questões concernentes à própria técnica.

No contexto brasileiro atual, em que o 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões revela a implantação, até fevereiro de 2015, de 60.668 embriões gerados por reprodução assistida⁶⁰⁹, uma discussão sobre o cabimento de tais técnicas parece tardia e, talvez, infrutífera. Resta, ainda, porém, o dever de restringir-lhe o uso, de modo a resguardar os direitos dos pacientes envolvidos e os princípios de proteção à pessoa humana e às futuras gerações extraídos do ordenamento jurídico.

As discussões sobre os limites e a forma de exercício ético da reprodução assistida deram-se, inicialmente, no âmbito dos Comitês de Ética e foram provocadas nos debates pré-legislativos. Na Inglaterra, por exemplo, o tema foi abordado pela Comissão formada por Mary Warnock, resultando no Relatório Warnock, que estabeleceu princípios a serem observados na fertilização *in vitro* e forneceu as bases para o *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990.⁶¹⁰

Em Portugal, em 2004, após a apresentação, na Assembleia da República, de dois projetos de lei sobre a procriação medicamente assistida, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – CNECV⁶¹¹ – foi convocado a deliberar sobre a matéria. Na

⁶⁰⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Sisembrio: 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. Brasília, 2015.

⁶¹⁰ REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY. Inglaterra. Department of Health & Social Security. Julho de 1984. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁶¹¹ Trata-se de um comitê nacional de bioética que exerce a função de um órgão consultivo independente, incumbindo-lhe analisar os problemas éticos gerados pelos progressos científicos no âmbito das ciências da saúde. Disponível em: <<http://www.cnecv.pt/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

oportunidade, reconhecendo a importância da temática em questão, o Conselho realizou ampla reflexão sobre sua problematização ética, salientando a necessidade de um regramento da prática para evitar abusos, bem como para salvaguardar a integridade dos candidatos a pais, a dignidade do ser humano em projeto e a proteção ético-jurídica do embrião.⁶¹²

À medida que se iniciaram as reflexões doutrinárias e políticas sobre as novas tecnologias reprodutivas, surgiram questionamentos éticos e jurídicos a serem enfrentados na disciplina da matéria. Embora apresentada como um procedimento médico terapêutico, destinado a contornar problemas de infertilidade, a reprodução assistida não é mero tratamento de saúde. Cuida-se de uma forma substitutiva de reprodução, invasiva dos pontos de vista biológico, psicológico e social, e potencialmente prejudicial ao novo ser e ao próprio casal que deposita nela suas esperanças. Ademais, a elasticidade dos métodos utilizados possibilita o uso da técnica por pessoas e para finalidades para as quais ela não foi, inicialmente, pensada.

De acordo com Marilena Corrêa e Maria Andréa Loyola, o fato de pessoas sozinhas e casais homossexuais reivindicarem o direito de usar a reprodução assistida para gerar um filho dificulta a delimitação meramente técnica ou médica da fecundidade. Além disso, de acordo com as autoras, a existência do embrião fora do corpo feminino, no ambiente das clínicas e laboratórios, socializa-o, tornando-o sujeito à manipulação pelos profissionais que ali atuam. Por isso, a fertilização *in vitro* deveria ser considerada um fenômeno sóciotécnico.⁶¹³

Corrêa e Loyola identificam dois eixos em que a regulação faz-se necessária: o do acesso às técnicas de reprodução assistida – que abrange as questões de filiação e aquelas vinculadas aos riscos para a saúde das mulheres e recém-nascidos – e o que se refere à tutela dos embriões e às ações praticadas sobre ele.⁶¹⁴ É possível identificar, ainda, um terceiro eixo de regulação não elencado pelas autoras: o da proteção da natureza humana e das futuras gerações, motivado pela possibilidade de manipulação do genoma do embrião.

As novas tecnologias reprodutivas não são, pois, meros procedimentos médicos cuja regulação é, normalmente, conferida do Conselho Federal de Medicina ou à Anvisa.

⁶¹² PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 44. Julho de 2004. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁶¹³ CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e Bioética: a regulação da reprodução assistida no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v.18, n. 43, p. 103-112, jan/abr 2005, p. 104.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 105.

Além de não tratarem, de fato, da infertilidade, suas consequências sobre a formação da família, a manipulação do ser humano em estágio embrionário e as pesquisas envolvendo a engenharia genética devem ser refletidas pela bioética e reguladas pelo Direito.

Entre as questões passíveis de tratamento legislativo, as autoras identificam alguns pontos específicos como objeto de regulação necessária. Em primeiro lugar, mencionam os riscos para a saúde das mulheres e dos bebês, oriundos da falta de domínio do processo, abrangendo o custo à saúde física e mental das pessoas que se submetem à prática. Salientam os possíveis efeitos colaterais da hiperestimulação ovariana e a alta taxa de gestações múltiplas, decorrente da implantação de numerosos embriões, que incrementa o risco à saúde da gestante e causa, com frequência, o nascimento de bebês prematuros, com baixo peso e desenvolvimento incompleto.⁶¹⁵

Em segundo lugar, mencionam a existência de numerosos embriões congelados nas clínicas de reprodução assistida, cuja geração se deve à baixa eficiência da técnica, situação que suscita questionamentos ainda mais controversos, relacionados à utilização desses embriões para pesquisa, à possibilidade de análises genéticas para fins de seleção e à intervenção no curso da vida individual com o congelamento ou a alteração arbitrária de características genéticas.⁶¹⁶ Salientam que a existência do embrião humano fora do corpo da mulher permitiu sua transformação em “material biológico disponível”, submetido a anseios de aplicação de tecnologias experimentais, como o uso de células tronco embrionárias, e a propostas de patenteamento de células, tecidos e sequências genéticas, com interesses comerciais.⁶¹⁷

Finalmente, mencionam as mudanças nas formas de organização da família e de determinação da filiação, originárias, sobretudo, do uso de técnicas complementares, como a doação de gametas e embriões, o empréstimo de útero e o uso de gametas de pessoas falecidas – reprodução assistida *post mortem* – ou de um só indivíduo – clonagem.⁶¹⁸

Nilson Donadio e Nilka Fernandes Donadio manifestam preocupação quanto à substituição desmesurada dos tratamentos convencionais pelas técnicas de reprodução assistida. Afirmam que, em face dos riscos por ela apresentados, como a maior incidência de gemelaridade, de partos prematuros e de gestações ectópicas, além de outras complicações possíveis oriundas dos estímulos ovarianos repetidos, somente devem ser

⁶¹⁵ CORRÊA; LOYOLA, 2005, p. 105.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 105.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 105.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 106.

utilizadas como subsidiárias, mediante a falha de outros métodos, e não como alternativas para a procriação, pois não são tratamentos, mas apenas um meio de contornar a infertilidade.⁶¹⁹ Márcia Freitas faz menção a estudos segundo os quais crianças geradas por FIV têm maior incidência de internações hospitalares, de malformações cardíacas, de sequelas neurológicas, de prematuridade e de baixo peso ao nascimento.⁶²⁰

A busca pelo sucesso na aplicação da técnica resulta, muitas vezes, no afastamento da ética em algumas fases do processo, como na hiperestimulação ovariana da mulher, submetida à alta carga de hormônios para a extração do maior número possível de óvulos, na geração de embriões supranumerários, que serão criopreservados por tempo indefinido e, ainda, na implantação de vários embriões seguida, muitas vezes, do aborto provocado de alguns deles.

Para a consecução do fim da procriação, geram-se mais embriões do que os que se pretende implantar, selecionam-se os mais aptos e implanta-se um número maior do que o desejado. A técnica, criada para a satisfação de um projeto de amor dos futuros pais, parece desvirtuar-se e desenvolver-se sob o pano de fundo da “fabricação” de filhos. Enquanto na reprodução natural, há o desejo de gerar um embrião e a torcida para que ele consiga fixar-se no útero e desenvolver-se, na procriação assistida, geram-se e implantam-se tantos embriões quantos sejam necessários ao “sucesso” da técnica. A finalidade de obter a gestação parece fundamentar quaisquer condutas que desconsideram a vida dos embriões gerados e a saúde física e emocional dos candidatos a pais, cujas frustrações dificultam a percepção real dos desvirtuamentos da técnica.

Além disso, o desejo de homens e mulheres de gerar descendência biológica, extrapolando o anseio de serem pais e mães, conduz ao uso de técnicas de risco, como a injeção intracitoplasmática de espermatozoides – ICSI, na qual se introduz o espermatozoide diretamente no interior do óvulo, violando a integridade deste e forçando a fecundação. O vínculo biológico com o filho torna-se uma demanda que sobreleva o interesse dos pais em detrimento do interesse da criança. Para Jacques Testart, “em vez de se fustigar o desejo profundo dos homens (e das mulheres) em transmitirem um pouco deles próprios, poder-se-ia privilegiar o destino que é traçado para a criança”⁶²¹. Continua

⁶¹⁹ DONADIO; DONADIO, 1997.

⁶²⁰ FREITAS, Márcia. Repercussões das Técnicas de Reprodução Assistida. In: SEGRE, Conceição A. M.; COSTA, Helenilce de Paula Fiod.; LIPPI, Umberto Gazi. *Perinatologia: fundamentos e prática*. 2ª ed. São Paulo: Sarvier Editora, 2009.

⁶²¹ TESTART, 1999, p. 129.

o autor afirmando que “a adoção, por fornecer um lar à criança, é incomparavelmente mais generosa do que a IAD, que fabrica uma criança para um lar”⁶²².

A ideia da “fabricação de filhos” é ilustrada por Testart. De acordo com o autor, uma reportagem publicada no Jornal Le Monde, em 17 de setembro de 1997, e intitulada “Criança de ninguém” narra que um casal norte-americano estéril, cuja mulher não tinha útero, adquiriu gametas alheios e implantou-os no útero de uma segunda mulher. O autor chama a atenção para o intuito de fabricação da criança, visto que o anseio do casal de ter um filho poderia ter sido satisfeito pelo instituto da adoção.⁶²³

Há, sem dúvida, na reprodução assistida, um propósito que, de certa maneira, instrumentaliza o ser humano, gerado para a satisfação do desejo de ser pai ou mãe. No entanto, todo projeto de ter um filho é um projeto de amor, pois uma criança exige cuidados, doações e renúncias que não se resumem à gestação. Um filho desejado e planejado é também um filho amado. Assim, apesar das questões éticas suscitadas pela técnica, o emprego da reprodução assistida como procedimento médico de auxílio aos casais que sofrem de infertilidade parece legítimo e concretiza anseios de exercício da paternidade e da maternidade por pessoas que, embora incapazes de conceber, são capazes de amar e de criar filhos.

Todavia, as práticas médicas envolvidas e, sobretudo, a manipulação do embrião humano em laboratório exigem normas rígidas, que impeçam ou, ao menos, minimizem o desvirtuamento da técnica para fins diversos e os riscos a ela inerentes. A licitude da reprodução assistida encontra-se no seu emprego para a geração de filhos a quem não os tem, mas desde que resguardados os direitos daquele que será gerado. A liberdade procriativa, como já salientado, deve estar associada à responsabilidade pelo novo ser.

O direito de procriar, conforme esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama, não é absoluto, cabendo ao Estado intervir para proteger a futura pessoa contra atos degradantes e desumanos que possam ofender-lhe a dignidade, promovendo as condições necessárias para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Para isso, impõe-se a necessidade de que os interesses dos titulares dos direitos reprodutivos sejam compatibilizados com os interesses daqueles que serão gerados a partir do exercício de tais direitos:⁶²⁴

⁶²² TESTART, 1999, p. 129.

⁶²³ Ibidem, p. 134.

⁶²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, v. 18, ano 5, p. 21-41, abril-junho, 2004, p. 39.

Assim, as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, somente são legítimas e constitucionais desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer uma das técnicas, combinada com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial no contexto dos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança. Há de se redimensionar os papéis da vontade e do risco inerentes aos comportamentos relacionados ao exercício da sexualidade e da procriação no campo do planejamento familiar, com a verificação de que a liberdade de procriar deve se contrapor a responsabilidade parental, na melhor dicção do direito inglês, fundada na dignidade e no melhor interesse do futuro filho.⁶²⁵

Incumbe ao Direito, pois, regular a técnica, resguardando os interesses e direitos do futuro ser mesmo antes do nascimento. A permissividade completa, pela ausência de intervenção do Estado como regulador ou pela aprovação de lei que faculte a liberdade de atuação de médicos e cientistas, pode tornar a prática ilícita. Apesar da ausência de lei específica a cuidar do tema, a reprodução assistida encontra limites oriundos das normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O uso da reprodução assistida não pode, assim, ferir a vida ou a integridade física do embrião, cujos direitos são resguardados desde a concepção, sendo vedada, por exemplo, a geração de embriões exclusivamente destinados à pesquisa e a implantação de numerosos embriões, incrementando riscos.

No tratamento legal da reprodução assistida, deve-se ater a dois pontos de partida. O primeiro concernente à finalidade da técnica e o segundo centrado no dever de minimizar os riscos, com a vedação de condutas potencialmente danosas à gestante ou ao embrião.

A reprodução assistida encontra respaldo nas normas jurídicas em vigor e deve ser permitida para auxiliar casais que, em razão de alguma causa de infertilidade, não conseguem conceber uma criança pelas vias naturais. Cuida-se, pois, de técnica subsidiária, cabível apenas quando a fecundação não for possível naturalmente. O caráter subsidiário da técnica impõe a vedação do seu acesso para fins diversos da procriação e para casais capazes de conceber, mas que desejam selecionar embriões conforme seus interesses.

O parecer, já mencionado, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida salientou que as técnicas de procriação medicamente assistida devem manter-se a

⁶²⁵ GAMA, 2004, p. 28.

serviço da humanidade, privilegiando o respeito pelo ser humano em face dos interesses da ciência. Concluiu-se que tais técnicas devem ser utilizadas por razões médicas, em situações de infertilidade ou esterilidade, não constituindo procedimentos alternativos à reprodução natural, mas métodos terapêuticos subsidiários, cujo emprego somente pode afastar-se dessa subsidiariedade para prevenir a transmissão de doenças graves e de origem genética, mediante autorização de entidade independente proposta pelo parecer do Comitê.⁶²⁶

A Lei portuguesa nº 32/2006, que trata da procriação medicamente assistida, seguindo o referido parecer, dispôs que tais técnicas são métodos subsidiários, e não alternativos, de procriação. Contudo, permitiu-as não apenas para o tratamento da infertilidade, mas também para evitar a transmissão de doença genética e para selecionar um embrião com grupo HLA compatível com o de outra pessoa que esteja acometida por doença grave.⁶²⁷

Em sentido semelhante, a Lei italiana nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, que trata das normas em matéria de procriação medicamente assistida, dispõe ser ela permitida para a resolução de questões de esterilidade reprodutiva ou infertilidade e apenas se não houver outros métodos de tratamento eficazes para eliminar tais causas.⁶²⁸

No Brasil, a única norma jurídica específica sobre a reprodução assistida é o art. 1597 do Código Civil, que estabelece a presunção de serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e mesmo que gerados a partir da implantação a qualquer tempo dos embriões excedentários, e os havidos por inseminação artificial heteróloga realizada com prévia autorização do cônjuge.

A principal fonte de normatização da técnica, no país, é a Resolução nº 2.121/2.015, que lhe atribui o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, vedando sua utilização para outra finalidade que não a reprodução humana. A referida resolução prevê a licitude da técnica, mas estabelece alguns limites a serem observados pelos médicos na sua aplicação, como, por

⁶²⁶ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 44. Julho de 2004. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁶²⁷ PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=leis&artigo_id=903A0016&nid=903&nversao=&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁶²⁸ ITÁLIA. Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004. Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>. Acesso em 23 de abril de 2016.

exemplo, a proibição do seu uso para a seleção de embriões em razão do sexo ou de outras características biológicas.

A carência de regulação específica tem sido tratada como problema, em virtude da ausência de uma adequada repressão a condutas eticamente problemáticas e que violam os direitos e a dignidade dos pacientes. Em razão disso, vários projetos de lei foram apresentados com o intuito de disciplinar a matéria concernente à reprodução assistida, embora nenhum deles tenha sido, de fato, colocado em debate. Tendo em vista a carência de lei sobre a matéria e a pendência de projetos de lei, o momento é propício à reflexão sobre os limites que devem ser inseridos na legislação.

Na Câmara dos Deputados, entre os projetos de lei propostos que tratam da reprodução assistida, optou-se por abordar os Projetos de Lei nº 4892/2012 e 115/2015, por serem os mais atuais e abrangentes. Esses foram elaborados como um microssistema, a reger toda a matéria a ela concernente, facilitando um tratamento legislativo uniforme e amplo.⁶²⁹ Apesar das vantagens da criação de um microssistema, parece mais adequada a fragmentação das normas atinentes à reprodução assistida, de modo que uma lei específica cuide apenas das condutas permitidas ou vedadas e da proteção do embrião humano, sem se ater às questões de filiação e àquelas relativas à criminalização de condutas, que poderiam ser inseridas, respectivamente, nos Códigos Civil e Penal.

Nos referidos projetos de Lei, a reprodução assistida é definida como “aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez” e abrange, como técnicas permitidas, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide e a transferência de embriões, gametas ou zigotos.

Dispõem os projetos citados que as técnicas têm caráter subsidiário e devem ser utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico recomendando o tratamento para remediar a infertilidade ou a esterilidade. Contudo, tal como o fazem as leis portuguesa e italiana, excepcionam da regra a hipótese de utilização da reprodução assistida para evitar a transmissão de doença genética à criança a ser gerada.

Ambos os projetos também admitem a utilização de gametas doados, diferenciando as técnicas homólogas, que empregam gametas do casal, das técnicas

⁶²⁹ Ana Cláudia Silva Scalquette, em sua tese de doutorado, propôs a criação de um microssistema para tratamento de todas as questões concernentes à reprodução assistida, proposta que foi adotada nos referidos projetos. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

heterólogas, que fazem uso de gametas de um terceiro. As primeiras, homólogas, por utilizarem os gametas do próprio casal, suscitam poucos questionamentos e são pacificamente aceitas, visto que entendidas como práticas auxiliares ao ato conjugal da concepção.

Entretanto, algumas causas de infertilidade impedem a utilização dos gametas do casal, por sua ausência ou baixa qualidade, sendo necessário recorrer a células doadas. A reprodução na forma heteróloga suscita questionamentos concernentes ao direito de família, sobretudo relacionados à determinação da paternidade ou da maternidade, visto que o pai ou mãe biológicos não coincidem com o cônjuge ou companheiro que consentiu no emprego do material genético do doador. Em que pese a relevância de tais questionamentos, optou-se, neste trabalho, por abordar apenas os limites à prática médica no emprego da reprodução assistida, deixando de lado as consequências da sua aplicação para o direito de família.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre a filiação na inseminação artificial e na fertilização *in vitro* heterólogas, antecipou o entendimento de que a reprodução assistida é respaldada pelo ordenamento jurídico. Como técnica médica de auxílio à concepção e, portanto, à geração da vida, ela é um avanço científico louvável, capaz de gerar grandes benefícios. Contudo, conforme demonstrado, a técnica abre portas à instrumentalização e à coisificação do ser humano, que devem ser devidamente coibidas.

A intervenção legislativa específica torna-se necessária para salvaguardar, sobretudo, os direitos do embrião. A reprodução assistida, reitera-se, não é um modo alternativo de procriação, cuja escolha incumbe a quem assim desejar ao fundamento do direito de procriar. Por se tratar de procedimento médico com riscos e por demandar a manipulação da vida humana embrionária em laboratório, a permissão do seu uso deve ser restrita às hipóteses de impossibilidade de conceber. Apenas quando tratada como procedimento de superação da infertilidade, a reprodução assistida encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo, nos demais casos, ofensiva ao princípio da proteção ao ser humano e ao dever de não causar dano. Ressalte-se que colocar a técnica a serviço do ser humano é uma premissa fundamental a ser observada.

2. ACESSO AO TRATAMENTO

A reflexão sobre a licitude da reprodução assistida conduz ao questionamento ético: quem faz jus à técnica?

Inicialmente, um entendimento majoritário, inserido nas primeiras leis sobre o tema, sugeria que apenas os casais heterossexuais poderiam fazer uso da reprodução assistida para a superação da dificuldade de conceber um filho por vias naturais. A restrição encontrava amparo no caráter subsidiário da técnica. No entanto, as mudanças na sociedade direcionadas à pluralidade das formas de constituição da família permitiram que a utilização de tais técnicas fosse pretendida também por mulheres solteiras e por casais homossexuais.

As novas demandas pela técnica colocaram em xeque o consenso inicial quanto ao direito de uso das tecnologias reprodutivas. Além disso, a inclusão, em diversos países, da reprodução assistida entre os procedimentos médicos custeados pelo Estado acirrou o debate sobre uma possível discriminação na limitação do acesso.

A questão do acesso à reprodução assistida relaciona-se intimamente aos fins a que se destina. Se permitida para a superação da infertilidade e essa condição clínica não estiver presente em mulheres que buscam os recursos médicos para gerar, sozinhas, um filho, nem tampouco nos casais homoafetivos, esses não poderiam, em princípio, fazer jus à utilização da reprodução assistida. Todavia, se for considerada uma técnica de geração da vida de uso facultativo, coloca-se em cena a discussão sobre a acessibilidade.

O Parecer nº 63/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, em Portugal, dispõe que a delimitação dos potenciais beneficiários da reprodução assistida está associada à opção que se adota quanto à natureza e aos fins dessa técnica – se entendida como método subsidiário, como método complementar ou como método alternativo de procriação. O seguinte trecho do documento é esclarecedor:

Quando se parte do princípio de que há um modelo ideal de reprodução em que devam tendencialmente confluír a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica, a defesa da natureza subsidiária da PMA surge quase como natural: só quando falha a possibilidade de fazer coincidir aquelas três dimensões é que se deve

poder recorrer às técnicas de PMA, importando então selecionar o critério ou os critérios de estabelecimento dos requisitos do acesso.⁶³⁰

No referido parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, à medida que a técnica médica é disponibilizada, aparecem pessoas que não preenchem os requisitos, mas pretendem fazer uso dela porque, no seu caso, a procriação por meios naturais não é aceitável ou adequada.⁶³¹

Afirmou-se, no capítulo anterior, que as técnicas de reprodução assistida não são modos alternativos de reprodução. Assim, a opção por elas não é livre, mas deve ser justificada pela impossibilidade de concepção pelas vias naturais. A dúvida que surge é se, no caso das mulheres sozinhas e dos casais homoafetivos, existe um fundamento jurídico para sua utilização.

2.1 Do direito de acesso à técnica pelos casais homoafetivos

A reflexão sobre a possibilidade de casais homoafetivos utilizarem-se das técnicas de reprodução assistida não prescinde de um breve panorama sobre as transformações pelas quais passou a família no decorrer do século XX. Diogo Leite de Campo considera a Segunda Guerra Mundial o marco divisor da estruturação da família na sociedade. De acordo com ele, até esse período, sucederam-se dois modelos de família – o Greco-latino e o cristão – ambos caracterizados pelas funções religiosa, econômica, assistencial e reprodutiva. A família tradicional era estruturada sobre os cultos que praticava, sobre a autossuficiência econômica, já que produzia a maior parte dos bens de que necessitava, e sobre a prole que gerava, representando, ainda, um elemento fundamental da ordem na sociedade, razão pela qual foi tratada, a princípio, pelo direito público.⁶³²

A família tradicional era fundada no casamento indissolúvel, no qual prevalecia a vontade do marido, a quem cabia, até mesmo, a representação da família no plano político. Essa estrutura tradicional, hierárquica e patriarcal foi, posteriormente, substituída. A perda das funções da família, sobretudo econômicas e laborativas, com o fim da autossuficiência produtiva, e a interiorização da mulher no lar, incumbida apenas do cuidado com a prole,

⁶³⁰ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Parecer n.º 63/2012. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015, p. 4-5.

⁶³¹ Ibidem, p.5.

⁶³² CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 13-14.

aumentou os laços de afeto, tornando os filhos destinatários de mais cuidado e carinho.⁶³³ Para João Baptista Villela, a substituição da grande família pela família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho e, sobretudo, o aprofundamento afetivo no seu interior, conferiram-lhe um novo rosto.⁶³⁴

Durante o século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, como enfatizado por Diogo Leite de Campos, a família sofre grandes mudanças decorrentes das transformações sociais vividas no período, deixando de lado os fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, para se tornar um grupo de afetividade e companheirismo.⁶³⁵

No âmbito social, além da diminuição e interiorização da família, verificou-se, ainda, como fenômeno mais recente, a pluralidade das formas de constituí-la. A família, formada pelos pais e os filhos foi substituída por formas livres de constituição que abrangem, por exemplo, a família monoparental e aquela formada pelos avós e o neto. O reconhecimento jurídico da referida pluralidade foi resultado das transformações havidas no seio do Direito também nesse período.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, introduziu uma era de valorização da pessoa humana e de sua dignidade, consagrando a igualdade de todos, inclusive de cônjuges e filhos, e a vedação à discriminação. A Constituição da República Federativa do Brasil não se furtou ao novo paradigma, estabelecendo, no art. 3º, como objetivo do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária, em que seja garantido o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O texto constitucional, adotando o novo conceito de família, estendeu a proteção às famílias monoparentais e à união estável, pondo fim à exclusividade do casamento.

A família torna-se, assim, um lugar de realização dos seus membros, onde encontram amparo e amor, formada livremente, conforme a vontade individual. Na pós-modernidade, a nova concepção de família entrelaça-se com a ideia de pluralismo. O reconhecimento da pluralidade de valores na sociedade pós-moderna torna necessário o respeito às diferentes formações familiares. Como consequência, no direito de família, cresceu a demanda pela aceitação de diferentes formas de constituição da família, em

⁶³³ CAMPOS, 1992, p. 20-21.

⁶³⁴ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Editora da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

⁶³⁵ *Ibidem*.

conformidade com os valores individuais dos seus membros, abrindo espaço para o pleito de reconhecimento e proteção das uniões homoafetivas.

A despeito da ausência de alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, entendeu que, ao utilizar-se da expressão família, a Constituição de 1988 não limita sua formação a casais heteroafetivos, nem a formalidades cartorárias ou religiosas, tratando dela como uma instituição privada voluntariamente constituída entre pessoas adultas. Reconheceu a Corte Suprema a necessidade de resguardo da isonomia entre casais heteroafetivos e homoafetivos no que concerne ao direito subjetivo de formação de uma família. Assim, realizou uma interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, a fim de excluir do dispositivo citado qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo.

O anseio de constituir família partilhado por muitos casais homoafetivos alcança a vontade de ter filhos, naturais ou adotivos, situação que fomenta um debate sobre a possibilidade de terem acesso à adoção e à reprodução assistida. Glauber Moreno Talavera menciona que boa parcela dos homossexuais compartilha do sonho de se casar e de ter filhos e cita uma reportagem publicada na revista *Genre*, em novembro de 1998, sobre a *Growing Generations*, empresa americana especializada no emprego da reprodução assistida para casais homoafetivos.⁶³⁶

Para a análise da questão, é relevante lembrar que a medicina é um fato social e que a definição de um problema como médico advém das concepções vigentes em um determinado tempo e em um determinado local. Desse modo, a infertilidade só é tratada como doença por frustrar uma expectativa social de que as pessoas constituam famílias e gerem descendência.

A infertilidade não é, pois, em si, um problema médico que demanda tratamento, apenas dificultando ou impedindo a geração de um novo ser, mas não afetando a saúde daquele que sofre dessa condição. Assim, não parece existir uma diferença substancial entre o anseio de ter um filho manifestado por um casal heterossexual que sofre de infertilidade e aquele manifestado por um casal homossexual que, embora não apresente uma infertilidade clinicamente diagnosticada, não pode conceber, sozinho, uma criança.

⁶³⁶ TALAVERA, Glauber Moreno. Reproduções assistidas: delineamentos e limitações sob uma perspectiva jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 806, dezembro, 2002, p. 54.

Em ambos os casos, verifica-se a impossibilidade natural de conceber, sendo, no primeiro, decorrente de alguma condição física, e, no segundo, da ausência do sexo oposto na fecundação.

A infertilidade, ressalte-se, é tratada, na Medicina, observando-se a condição de determinado casal. É possível, portanto, que a mulher e o homem sejam capazes de conceber com outros parceiros, mas não juntos, pois a união de pequenas deficiências reprodutivas de ambos gera uma infertilidade conjugal. Situação semelhante se pode considerar existente nos casais homoafetivos, cujos membros, embora sejam, individualmente, saudáveis, juntos não podem gerar um filho. Não se trata, propriamente, de um problema médico, mas, como salientado, as condições médicas também sofrem influência social.

O entendimento exposto encontra respaldo na decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Se tais uniões estão abrangidas no conceito de família previsto na Constituição de 1988, não se pode restringir o direito delas de gerar e criar filhos. A ordem jurídica constitucional, baseada na igualdade de todos perante a lei e na vedação à discriminação, conduz ao entendimento de que o acesso à reprodução assistida não pode ser restringido se a limitação for fundamentada no tratamento desigual conferido a casais homoafetivos.

O direito tenta, lentamente, adequar-se às mudanças da sociedade, que caminha para a liberdade na formação da família. A tríade pai-mãe-filho, cada dia mais, divide espaço com novas formas de família que, também fundadas no amor e na assistência recíproca, são reconhecidas e protegidas. Nesse novo contexto social, não parece haver fundamento legítimo para a exclusão do acesso às novas tecnologias reprodutivas a esses casais, situação que somente seria justificada mediante a prova de que a existência de dois pais ou duas mães ao invés de um pai e uma mãe poderia ser prejudicial ao desenvolvimento da criança.

Para Guido Pennings e Heidi Mertes, é incomum que o bem-estar da criança seja suscitado em um debate sobre a aceitabilidade das técnicas de reprodução assistida, mas é comum a presunção da existência de consequências negativas para ela da geração por um casal que não se conforma ao padrão heterossexual.⁶³⁷

⁶³⁷ PENNINGGS, Guido Pennings; MERTES, Heidi. Ethical issues in infertility treatment. *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, v. 26, p. 853–863, 2012, p. 855.

O primeiro argumento contrário à acessibilidade às tecnologias reprodutivas por casais homoafetivos, considerado pelos autores o de mais difícil abordagem, é a crença de que a criança precisa de uma mãe e de um pai. O posicionamento centra-se na ideia de que a criança necessita de pais dos dois gêneros para aprender o comportamento apropriado ao seu gênero e desenvolver-se normalmente. Os autores afastam esse argumento ao citar que, após anos de debate no Reino Unido sobre a necessidade de a criança ter um pai, concluiu-se que a ausência da figura paterna não causa danos significativos para ela.⁶³⁸

O segundo argumento apresentado pelos autores consiste na ideia de que pessoas criadas por famílias homoafetivas teriam uma tendência para seguir idêntica orientação sexual. O receio, além de fundar-se, equivocadamente, na ideia de que a homossexualidade é um mal, não subsiste. Um estudo publicado por Susan Golombok e por Fiona Tasker, realizado com vinte e cinco crianças filhas de mães homossexuais revelou que, embora os filhos das famílias homoafetivas fossem mais propensos a explorar relações também homossexuais, a grande maioria deles se identificou como heterossexual.⁶³⁹

Há, também, o entendimento de que colocar a criança em uma família homoafetiva em uma sociedade resistente à aceitação dessa família seria prejudicial a ela, ou seja, a discriminação consistiria fundamento para uma nova discriminação.⁶⁴⁰ Os autores mencionam que os escassos estudos realizados sobre eventuais consequências à criança por ser criada em uma família homoafetiva não revelam diferenças substanciais em relação àquelas criadas em famílias heteroafetivas.

O estudo das consequências da geração de um filho por casais homoafetivos parte de um problema que é, essencialmente, oriundo da percepção social dessa família. Certos problemas eventualmente identificados na criança podem ser resultados da forma como é tratada na comunidade e não como decorrência do fato de ter dois pais ou duas mães. Pais homossexuais são diferentes dos outros apenas porque a sociedade gera um processo de diferenciação, valorando um dos polos, constituído por pais heterossexuais, visto como “normal”, em detrimento do outro, composto pelos pais homossexuais, percebido como negativo ou “anormal”.⁶⁴¹

⁶³⁸ PENNINGGS; MERTES, 2012, p. 855.

⁶³⁹ GOLOMBOK, Susan; TASKER, Fiona. Do parents influence the sexual orientation of their children? Findings from a longitudinal study of lesbian families. *Developmental Psychology*, v. 32, n. 1, p. 3-11, 1996.

⁶⁴⁰ PENNINGGS; MERTES, op. cit., p. 856.

⁶⁴¹ AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas; BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. *Ágora*. Rio de Janeiro, v. IX, n. 2, p. 177-191, jul-dez 2006, p. 180.

Além disso, por trás da preocupação sobre o desenvolvimento de uma criança cujos pais são um casal homoafetivo, encontra-se o preconceito, enraizado na percepção da homossexualidade como uma distorção. Argumenta Anna Paula Uziel que uma pesquisa que se proponha a investigar a “normalidade” das crianças criadas por casais homossexuais partiria do princípio de que a orientação sexual pode interferir na relação entre pais e filhos, com a possibilidade de gerar problemas de identidade nas crianças e adolescentes.⁶⁴²

De acordo com a autora, estudos comparativos, realizados nas décadas de 1980 e 1990, entre crianças que conviviam com apenas um dos genitores, hetero ou homossexuais, não revelaram diferenças significativas quanto ao comportamento sexual delas. Tais estudos evidenciaram, ainda, que não há uma tendência de reconhecer, na parceira da mãe, a figura do pai, mas uma outra mãe ou uma irmã mais velha, resultado que contribui para atenuar os receios de possíveis prejuízos ao desenvolvimento comportamental da criança. Chama a atenção, ainda, para a ausência de diferenças quanto ao cuidado com a criança e à vivência da paternidade e da maternidade, bem como em relação aos registros de abuso sexual, que são significativamente mais praticados por padrastos em um casal heterossexual.⁶⁴³

Conclui Uziel, portanto, que os receios inerentes à homoparentalidade assemelham-se àqueles vivenciados, no Brasil, na década de 1970, antes da lei do divórcio, época em que as crianças filhas de pais separados sofriam interdições e discriminações e às quais se atribuíam uma fragilidade de valores apta a influenciar negativamente outras crianças.⁶⁴⁴

Maria Cristina Amazonas e Maria da Graça Reis citam uma estimativa de que, nos Estados Unidos, em 2006, cerca de 10% dos homossexuais eram pais de filhos de casamentos heterossexuais anteriores ou de filhos adotados ou concebidos por inseminação artificial durante a relação homoafetiva.⁶⁴⁵

A despeito da permanente discussão sobre a possibilidade de tais casais tornarem-se pais, iniciada com pleitos de adoção, deve-se lembrar de que tais uniões estão sendo reconhecidas e recebendo amparo jurídico em muitos países, inclusive no Brasil. Os direitos de liberdade e igualdade, bem como a vedação à discriminação, preceitos

⁶⁴² UZIEL, Anna Paula. *Família e homossexualidade: velhas questões, novos problemas. Tese de doutorado*. Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2002, p.60.

⁶⁴³ Ibidem, p.61.

⁶⁴⁴ Ibidem, p.65.

⁶⁴⁵ AMAZONAS, 2006, p. 180.

reconhecidos internacionalmente, conduzem à conclusão de que o reconhecimento da igualdade de direitos às famílias homoafetivas em relação às famílias heterossexuais é necessário.

A aceitação social e jurídica das famílias homoafetivas é uma mudança ainda em curso, mas que, em alguns anos, deverá tornar-se integrante das nações democráticas. Na medida em que se reconhecem essas formações familiares, não se lhes pode negar a geração e a criação de um filho, sob pena de serem tratadas como uma família de “segunda classe”, à qual não são resguardados os mesmos direitos.

O reconhecimento pelo Direito das uniões homoafetivas como formas de família conduz, pois, ao reconhecimento do direito delas de criarem um filho, sendo ambos os seus membros titulares dos poderes-deveres inerentes à maternidade/paternidade. Para Débora Diniz, o acesso às técnicas reprodutivas, franqueado aos casais heterossexuais, deve ser estendido a todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, pois não há restrições ao direito ao planejamento familiar relacionadas a quem o exerce. A autora distingue, ainda, infertilidade de infecundidade, afirmando que homens e mulheres infecundos, isto é, sem filhos, podem converter-se em usuários das tecnologias reprodutivas.⁶⁴⁶

No que concerne à alegação de possíveis prejuízos que a criança poderá sofrer, seja pelo desenvolvimento em uma estrutura familiar que diverge daquela considerada ideal, seja por eventuais atos preconceituosos aos quais ela pode ser submetida, não há dados científicos que demonstrem tais prejuízos. Ademais, o fato de serem criadas por um casal homoafetivo pode lhes render vantagens, como na melhor compreensão da diversidade e na tolerância.

O receio quanto ao adequado desenvolvimento das crianças nessas famílias parece estar mais fundado na dificuldade de aceitação das uniões homoafetivas do que, propriamente, no bem-estar das crianças, eis que não há nenhum elemento de convicção apto a comprovar prejuízo a elas. Questões problemáticas apontadas referem-se à discriminação social a que estão submetidos esses casais, a qual não pode servir de fundamento para restringir-lhes o direito de constituir família. O que parece indiscutível é que casais homoafetivos podem oferecer subsídios afetivos e materiais aos seus filhos tanto quanto casais heterossexuais, e que não há fundamento jurídico para tratamento diverso.

⁶⁴⁶ DINIZ, Débora. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. 2ª ed. Brasília: Letras Livros, 2006, p. 186-187.

Ademais, apesar da incerteza quanto às consequências para a criança do desenvolvimento em ambiente familiar diverso daquele tido como ideal, tem-se uma relação afetiva como fundamento do desejo de ter um filho e uma estrutura familiar biparental. Embora ambos os pais pertençam ao mesmo sexo, cada um, à sua maneira, exercerá as funções de pai e mãe e o filho será gerado no seio de uma relação afetiva e como consequência dela.

A divergência de entendimentos sobre a matéria reflete-se na legislação estrangeira. Em Portugal, a Lei nº 32/2006 restringe o uso da técnica a pessoas casadas ou em união estáveis heterossexuais. Já na Espanha, a Lei nº 14/2006 faculta, no art. 6º, 1, o uso da reprodução assistida por toda mulher capaz com mais de dezoito anos, independentemente do estado civil ou da orientação sexual.

No Brasil, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, no tópico 2 do capítulo II, modifica as anteriores, estabelecendo a permissão do uso das técnicas por uniões homoafetivas, respeitado o direito à objeção de consciência por parte do médico. Os Projetos de lei nº 115/2015 e 4892/2012 não fazem referência expressa à possibilidade de uso da técnica por casais homossexuais, mas também não a excluem. Ambos dispõem, no art. 40, que podem submeter-se ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz, desde que haja manifestação inequívoca de sua vontade e indicação médica. Entende-se inserida no referido dispositivo a faculdade de casais homoafetivos fazerem jus ao emprego da técnica.

Do ponto de vista jurídico, portanto, no qual se concentram estes apontamentos, não há fundamento legal para obstaculizar o acesso dos casais homoafetivos às técnicas de reprodução assistida. O reconhecimento, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, das uniões homoafetivas como formas de família e a ausência de prejuízos causados pela paternidade homoafetiva ao desenvolvimento da criança justificam a ampliação do acesso à técnica a esses casais.

2.2 A opção pela monoparentalidade e o melhor interesse da criança por vir

Questão tormentosa diz respeito ao acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas. Embora o direito à liberdade reprodutiva não seja um privilégio das pessoas casadas ou em união estável, tal direito é limitado pelo dever de não causar danos

à prole e pelo respeito ao melhor interesse da criança, fundamentos apontados por parte da doutrina para negar às pessoas sozinhas o direito à utilização da reprodução assistida.

A emancipação da mulher, com o ingresso no mercado de trabalho, a conquista da liberdade reprodutiva e o reconhecimento de iguais direitos em relação ao homem, não afastou dela a vontade de ter um filho. O desejo de gerar um filho, a despeito das expressivas mudanças sofridas pela sociedade, ainda permanece como um importante anseio feminino. A independência financeira da mulher e as tecnologias reprodutivas fizeram surgir, assim, uma nova forma de satisfação desse desejo: a busca da técnica por mulheres que, em razão da idade e da ausência de um companheiro, deparam-se com a impossibilidade de terem filhos.

O interesse em fazer uso da reprodução assistida, a despeito da ausência de um relacionamento estável, foi impulsionado pela situação das mulheres na sociedade hoje. A conquistada independência financeira permite-lhes o custeio das despesas de uma criança e a reprodução assistida permite-lhes gerar um filho sem um parceiro, utilizando espermatozoides de um doador. Em que pese a proteção jurídica à família monoparental, a chamada “produção independente” suscita problemas jurídicos, requerendo uma reflexão mais atenta.

Nos Estados Unidos, em 1981, a psicoterapeuta Jane Mattes criou uma organização não governamental chama *Single Mothers By Choice*, formada por mulheres solteiras e independentes financeiramente que desejam gerar, sozinhas, uma criança.⁶⁴⁷ A organização não governamental, com sedes nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa, pretende prestar auxílio e informação às mulheres solteiras que desejam gerar um filho sem um companheiro.

A Espanha foi um dos primeiros países a legislar sobre reprodução assistida ao aprovar, em 1988, a Lei 35/1988⁶⁴⁸. Entre as disposições desse diploma normativo, constava a permissão para que mulheres solteiras fizessem uso da técnica. María Casado lembra que a lei espanhola sobre reprodução assistida, pioneira na Europa, foi duramente criticada em relação à possibilidade de utilização da técnica por mulheres solteiras, bem como por aspectos relativos ao anonimato e à filiação.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ Singles Mothers by choice. Disponível em: <<http://www.singlemothersbychoice.org/>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

⁶⁴⁸ ESPANHA. Ley 35, de 22 de dezembro de 1988. Boletín Oficial del Estado, nº 282, de 24 de novembro de 1988. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

⁶⁴⁹ CASADO, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers*, v. 53, p. 37-44, 1997, p. 39.

A disposição relativa à permissão de que as mulheres sozinhas façam uso da reprodução assistida foi, juntamente com outras, submetida à apreciação do Tribunal Constitucional Espanhol em ação proposta por deputados do Grupo Parlamentario Popular, mas foi rejeitada por aquele tribunal, em decisão proferida em 08 de julho de 1999, sob o fundamento de que a proteção à família não se referia a um modelo concreto e específico.⁶⁵⁰ A lei espanhola sobre reprodução assistida foi substituída pela Lei nº 14/2006 que manteve a referida disposição.⁶⁵¹

No Brasil, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, mantendo a orientação das resoluções anteriores, faculta, expressamente, à mulher solteira fazer uso das técnicas de reprodução assistida. Os Projetos de Lei nº 4892/2012 e 115/2015 também não estabelecem restrições ao acesso individual à técnica.

Para a reflexão sobre essa nova forma de família no Brasil, é relevante lembrar que as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes, eram originadas, tradicionalmente, do falecimento de um dos cônjuges ou do divórcio. Após o reconhecimento e a proteção recebida por tais famílias na Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, permitiu que a família seja constituída de forma monoparental, por meio da adoção. O Código Civil de 2002, no art. 1597, III, adotando semelhante orientação, dispôs sobre a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, concedendo autorização para que se faça a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro* mesmo quando já falecido o marido ou companheiro, criando uma nova modalidade de família.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece e protege as famílias monoparentais, admitindo, inclusive, situações nas quais a família inicia-se com apenas um dos pais. Tal interpretação parece embasar a conclusão de que a monoparentalidade decorrente do emprego da reprodução assistida com o uso de gametas de doador também é tutelada pelo direito pátrio. Todavia, essa conclusão é rechaçada por parte da doutrina, que, partindo de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, considera-a prejudicial ao melhor interesse da criança.

⁶⁵⁰ JIMÉNEZ, Pilar Nicolás. El régimen legal de la reproducción asistida em España. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire (org). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: Editora Pucminas, 2011, p. 207.

⁶⁵¹ ESPANHA. Ley 14, de 06 de maio de 2006. Boletín Oficial del Estado, nº 126, de 27 de maio de 2006. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

Uma das orientações principiológicas mais importantes do Direito brasileiro, sobretudo na seara do Direito de Família, concerne à proteção da criança e do adolescente. Na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU, em 1989, reconheceu-se a importância de resguardar o desenvolvimento da criança, protegendo-a contra ações opressivas e contra a violência, além de garantir a efetividade de seus direitos. Consagrou-se, naquela oportunidade, a máxima do “melhor interesse da criança” como uma orientação à elaboração e aplicação do Direito.

O Brasil ratificou o documento em 1990, por meio do Decreto 99.710, mas a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente já havia sido inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo art. 227 dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal princípio foi, também, inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente tanto como fonte de deveres jurídicos⁶⁵² quanto como cânone interpretativo, ao estabelecer que, para a interpretação da lei, devem ser levados em conta os fins sociais aos quais se dirige, as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos e a condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento⁶⁵³.

O princípio do melhor interesse da criança tem, portanto, uma função normativa, exercida por meio da atribuição de deveres jurídicos aos pais, à sociedade e ao Estado de reguardo dos direitos e do livre desenvolvimento da criança e do adolescente, mas também uma função de orientar a aplicação da lei e a elaboração de outras normas, além de políticas públicas de proteção à infância e à adolescência.

Ao reconhecer um dever de observância do melhor interesse da criança, o ordenamento jurídico estabelece um marco normativo para o tratamento de questões que a afetam. Assim, no direito de família, as decisões sobre filiação, guarda, alimentos e adoção

⁶⁵² Dispõe o art. 4º da Lei nº 8.069/90: Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁶⁵³ O art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe: Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

devem ser tomadas sempre à luz do citado princípio. Na situação ora tratada, da possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas, deve ser observado, também, o princípio do melhor interesse da criança. Apesar da já mencionada dificuldade de reconhecer direitos e interesses a alguém que ainda não foi gerado, como demonstrado no título II, pensar e respeitar os interesses do ser a ser concebido é importante para que não lhe sejam causados danos irreparáveis se vier a existir. Ademais, gerar um filho não é um direito absoluto, pois o filho não é um bem que se adquire pela mera vontade de tê-lo ou de tornar-se mãe ou pai. É ser humano cujos interesses e direitos devem ser protegidos antes mesmo da sua concepção.

Ressalte-se que o nome frequentemente utilizado para a geração de um filho por mulheres sozinhas, “produção independente”, simboliza a preocupação ora manifestada. O filho não é fabricado como um produto para a satisfação do desejo de alguém. Também não pode ser feito de forma independente, pois, com exceção da clonagem reprodutiva, o uso de gametas do sexo oposto é sempre necessário.

A “produção independente”, para parte da doutrina, torna a criança mero “objeto” da satisfação da vontade de quem busca as técnicas de reprodução assistida. Além de instrumentalizá-la, poderia prejudicá-la o desenvolvimento, pela ausência de uma formação familiar biparental. Argumenta-se, ainda, o afastamento da finalidade da reprodução assistida, pois inexistente causa de infertilidade, mas apenas a vontade de gerar um filho sem a necessidade de um parceiro. Cumpre lembrar que a disponibilização de gametas doados para a reprodução assistida heteróloga foi pensada para permitir a superação da infertilidade severa, casos em que as deficiências presentes nos gametas impossibilitam a concepção.

Além dos aspectos apresentados, lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama que a Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 226, § 7º, ao tratar do planejamento familiar, estabelece como princípios a dignidade humana e a paternidade responsável⁶⁵⁴. Este último princípio refere-se à assunção dos deveres parentais oriundos do exercício dos direitos reprodutivos, isto é, ao dever de priorizar o bem-estar físico,

⁶⁵⁴ Guilherme Calmon Nogueira da Gama critica a utilização da terminologia paternidade responsável que, por se referir tanto à paternidade quanto à maternidade, deveria ser mais adequadamente nominado por parentalidade responsável. Atribui o equívoco do termo à tradução do termo inglês *parental responsibility* que, no entanto, é dotado de sentido diverso no direito inglês. GAMA, 2004, p. 27.

psíquico e espiritual da pessoa cuja vida foi gerada pelo exercício das liberdades relativas à sexualidade e à procriação.⁶⁵⁵

O planejamento familiar é, pois, de livre decisão individual, desde que observados os princípios elencados. Salienta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que a Constituição de 1988 impôs limites ao planejamento familiar centrados nos interesses da futura pessoa, recepcionando, com isso, a orientação de que a responsabilidade civil não deve restringir-se às situações jurídicas presentes, abrangendo também aquelas que tenham grande probabilidade de se verificarem em um futuro próximo.⁶⁵⁶

Para o autor, as limitações impostas constitucionalmente ao direito ao planejamento familiar, oriundas da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da futura criança, determinam que o direito de acesso à reprodução assistida somente pode ser tratado dentro do contexto solidarista e humanista do direito de família.⁶⁵⁷

A responsabilidade jurídica inerente à paternidade é consensualmente reconhecida e constitui um dos pilares dos direitos da criança e do adolescente. Inicia-se com a fecundação, momento a partir do qual deve os pais zelar pelo bem-estar do embrião ou do feto que carrega no ventre.⁶⁵⁸ Nessa perspectiva, não se pode pensar na maternidade sem pensar também na responsabilidade que lhe é inerente. Não se pode, por consequência, pensar no direito de procriar e de tornar-se mãe sem pensar, antes, no direito da futura criança a um desenvolvimento sadio.

Nesse contexto, surgem os questionamentos sobre o acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas. Haveria nessa escolha uma instrumentalização da criança, gerada para a satisfação de um desejo egoísta? Haveria prejuízo ao desenvolvimento dela por ser criada em uma família monoparental? Teria essa pessoa uma identidade biológica?

A doutrina divide-se quanto à possibilidade de utilização das tecnologias reprodutivas por mulheres sozinhas. Eduardo de Oliveira Leite entende que, por mais bem intencionada que seja a mulher, não pode garantir à futura criança um projeto parental bem

⁶⁵⁵ GAMA, 2004, p. 30.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁵⁸ A responsabilidade da mulher pela conduta na gravidez foi tratada por Silma Berti em tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais, em que abordou os direitos do nascituro e o dever materno de evitar danos a ele. Cf. BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

estruturado, fundado no padrão familiar que naturalmente ocorre em uma comunidade familiar. Para o autor, o dispositivo constitucional, art. 226, § 4º, apenas inseriu na esfera de proteção estatal as famílias monoparentais, mas não fomentou a proliferação delas. Tal reconhecimento, para ele, restringiu-se às famílias que assim se tornaram por força das circunstâncias, como o divórcio, o abandono ou a morte. Reforça que a reprodução assistida foi desenvolvida para auxiliar o projeto parental, visando a atenuar a esterilidade do casal, não podendo, portanto, ser utilizada para a geração de filhos por categorias individuais.⁶⁵⁹

Para Maria Helena Machado, ainda que seja reconhecido o direito de mulheres e homens solteiros de recorrerem à reprodução assistida, é preciso reconhecer, em primeiro lugar, o direito do filho de ter um pai e uma mãe. Salieta, assim, que o uso das técnicas de reprodução assistida deve resguardar a segurança do biparentesco à criança concebida.⁶⁶⁰

Ainda nesse mesmo sentido, Juliana Fernandes Queiroz entende ser aconselhável a vedação, pelo Direito, da reprodução assistida heteróloga realizada em mulher solteira, haja vista o direito de toda pessoa de obter o *status* de filhos sem restrições. Argumenta que o procedimento é prejudicial às relações jurídico-sociais.⁶⁶¹

Em sentido oposto, para Maria de Fátima Freire de Sá, a impossibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida por pessoas sozinhas não deve ser resolvida com a simples proibição. Argumenta a autora que as decisões devem ser pessoais, cabendo ao Estado apenas educar e orientar. Afirma, ainda, que “o princípio do melhor interesse da criança não estará assegurado simplesmente pelo fato de ela nascer em família biparental, mas pela circunstância de ser amada, desejada e respeitada”⁶⁶².

Na legislação estrangeira, a lei portuguesa sobre reprodução assistida, Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, restringiu a utilização das técnicas de reprodução assistida a casais heterossexuais casados ou em união estável. Entretanto, o Parecer n.º 63/2012, do Conselho Nacional de Ética de Portugal, dispondo sobre projetos para alteração da referida lei, reconheceu que o interesse pessoal em gerar descendência e constituir família é natural e nobre, podendo assumir a maior relevância na vida das pessoas, de modo que uma recusa

⁶⁵⁹ LEITE, 1995, p. 354.

⁶⁶⁰ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 123.

⁶⁶¹ QUEIROZ, 2001, p. 86.

⁶⁶² SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 435-447.

ou proibição pelo Estado somente não será eticamente condenável se estiver fundamentada com razões de peso.⁶⁶³

Consta do referido parecer que, se a Constituição atribui ao Estado a incumbência de proteger a família e regular a procriação medicamente assistida, não há uma obrigação de proteger apenas um tipo particular de família, desconsiderando outras formações familiares também legitimadas e protegidas pela lei. Explicita ser inconsistente o argumento de que o uso da reprodução assistida por pessoas fora das uniões ou casamentos heterossexuais seria instrumentalização da vida humana, eis que, do ponto de vista da motivação, da intencionalidade e do interesse de quem recorre às técnicas, não há diferença entre estar num casal ou fora dele, viver acompanhado ou só, ter uma família ou pretender constituir uma família, ter uma ou outra orientação sexual.⁶⁶⁴

A motivação de quem recorre a essas técnicas é sempre de benefício, de realização ou de satisfação pessoais, centradas no anseio de gerar descendência e constituir família. Assim, o Conselho conclui que não há justificativa eticamente fundamentada para a exclusão do acesso às técnicas de reprodução assistida, sobretudo se os candidatos pretendem fazê-lo com recursos próprios.⁶⁶⁵

Instrumentalizar a vida humana é torná-la um meio para atingir fim diverso. A escolha de ter um filho nunca é um fim para o qual o novo ser seria um meio, pois a maternidade e a paternidade não se exaurem no ato da concepção e nem mesmo no nascimento. A maternidade e a paternidade são uma escolha de abdição, de doação e de renúncia de si próprio em favor de outro indivíduo. A decisão de ter um filho e a busca por meios médicos para satisfazer essa vontade não é um capricho e nem tampouco instrumentaliza a criança. Trata-se de uma escolha de amor que deve ser respaldada.

Ressalte-se que, conforme demonstrado no tópico anterior, a ampliação da proteção constitucional a diferentes formas de família revela a compreensão de que o amor não está restrito às formações familiares tradicionais e que agrupamentos afetivos diferentes daqueles originalmente tidos como ideais podem, também, ser locais de realização dos seus membros. Além disso, a ausência de uma figura materna ou paterna, em si, não causa danos significativos ao desenvolvimento da criança, sendo mais relevante à sua formação o amor, a dedicação e o cuidado a que está sujeita.

⁶⁶³ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Parecer n.º 63/2012. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁶⁶⁴ Ibidem.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 6-7.

A utilização da reprodução assistida para a finalidade de procriar e por pessoas que, sem a técnica, não conseguem gerar uma criança atende aos fins a que ela se destina. Lembre-se, ainda, que o Código Civil, ao admitir a possibilidade de utilização dos gametas do marido falecido para a geração de um filho, parece ter consentido com a formação de famílias monoparentais pela reprodução assistida. Do ponto de vista do interesse da criança, a única diferença entre o uso de gametas de uma pessoa falecida e o uso de gametas de doador é um nome paterno no registro.

Apesar da abertura constitucional e legal à possibilidade de aceitação do acesso à técnica por pessoas sozinhas, ainda remanesce, na doutrina, a dúvida sobre o melhor interesse da criança. Permitir a geração individual de um filho atenderia ao seu melhor interesse? Ou seria a consagração do melhor interesse dos pais em detrimento daquele do filho? Observa Elio Sgreccia que a moralidade da intenção não basta para definir um ato como eticamente positivo, isto é, uma intenção boa em um ato que não seja correto pode isentar da culpa subjetiva ou da imputação jurídica, mas não pode salvaguardar o bem integral da pessoa.⁶⁶⁶

Embora para parte da doutrina possa haver ofensa ao melhor interesse da criança, gerada sem uma referência biparental, a vedação do acesso à técnica por pessoas sozinhas não parece encontrar respaldo no ordenamento jurídico, sobretudo se tomados os princípios norteadores do direito de família. O reconhecimento pelo Direito das famílias monoparentais, inclusive daquela formada a partir da reprodução assistida *post mortem*, parece conduzir, ao contrário, à licitude do acesso à técnica por pessoas sozinhas.

⁶⁶⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Vol. I. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 498.

3. DOAÇÃO DE GAMETAS E CESSÃO DE ÚTERO

As técnicas de reprodução assistida, consoante já explicitado, destinam-se, primordialmente, a contornar problemas de infertilidade, a fim de superar os obstáculos que impedem a geração de um filho pelo casal. No entanto, há casos em que um ou ambos os cônjuges ou companheiros sofrem de enfermidades que impossibilitam a oferta dos gametas ou a utilização do útero. Há situações, por exemplo, nas quais o homem não dispõe de espermatozoides em qualidade ou quantidade suficientes, bem como outras em que a mulher carece de óvulos aptos à fertilização ou que não apresenta útero em condições sadias para abrigar o embrião recém-formado. Para tais situações, pensou-se a possibilidade de recorrer a uma terceira pessoa, disposta a doar gametas ou a ceder o útero para auxiliar a procriação.

Sempre que, na reprodução assistida, for necessário o uso de gametas de uma terceira pessoa, alheia ao casal, fala-se em inseminação artificial ou fertilização *in vitro* – conforme o procedimento adotado – na modalidade heteróloga. A reprodução assistida heteróloga foi alvo de muitos receios e questionamentos de ordens ética e jurídica. Além da introdução de uma terceira pessoa na geração do filho, ato íntimo do casal, questionou-se a existência de uma relação moral e jurídica entre doador e criança gerada.

Após muitos embates, existe hoje um entendimento majoritário, nos países que admitem a reprodução assistida heteróloga, de que não há relação jurídica entre o doador de gametas e a criança, atribuindo-se a paternidade ou a maternidade àquele que consentiu na utilização dos referidos gametas, que assume, assim, a responsabilidade parental sobre o novo ser.

Remanesce, ainda, contudo, a discussão sobre a possibilidade de a criança gerada ter acesso à identidade do doador de gametas como forma de conhecer sua origem genética. Além dessa questão, a utilização de gametas de doador enseja outras, concernentes aos requisitos da gratuidade e do anonimato. Ressalte-se, finalmente, a problemática envolvendo a cessão de útero, isto é, a implantação do embrião formado a partir dos gametas do casal no útero de outra mulher, que gestará o nascituro até o nascimento, cabendo-lhe, após, entregar o bebê à família biológica.

A forma a ser observada para a doação, o armazenamento dos gametas, o sigilo dos dados pessoais do doador e a responsabilidade civil do médico deve ser disciplinado

por meio de lei. As atuais disposições normativas previstas na Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina e na Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 23 não bastam para o resguardo dos direitos dos doadores e dos casais que recebem as doações. Ademais, ao tratamento adequado dos gametas e dos dados de doadores e receptores devem corresponder sanções administrativas e penais, justificando-se a urgência da legislação pertinente.

3.1 Tutelando doadores e seus gametas

As técnicas de reprodução assistida demandam a coleta das células reprodutivas humanas – masculinas nas hipóteses de inseminação artificial e femininas também para as demais técnicas – que serão armazenadas e manipuladas em laboratório para gerar o embrião. Os gametas humanos são células do corpo, cabendo-lhes uma disciplina específica e, além disso, por carregarem em si o código genético daqueles que as cederam, merecem um tratamento especial.

De acordo com Antônio Chaves, as partes que são separadas do corpo humano, como é o caso dos gametas, tornam-se “coisas” de propriedade do titular.⁶⁶⁷ Todavia, dado o caráter biológico dos gametas e os fins a que se prestam, de gerar um novo ser humano, tais células não podem, por exemplo, ser consideradas integrantes do patrimônio do titular e, tampouco, sua “propriedade” pode se transmitir aos herdeiros em caso de morte. Além disso, elas não podem ser comercializadas, e sua conservação gera para o banco de tecidos e células germinativas responsável não apenas um dever de guardar, mas também de resguardar o sigilo das informações ali contidas.

Os gametas, ainda que desvinculados do corpo daquele que os forneceu são uma extensão desse corpo e, como tal, devem ser protegidos. Por conter o código genético do indivíduo e pela potencialidade de, em união com o óvulo, gerar um novo ser, eles devem ser armazenados com segurança, vedado o uso desautorizado dessas células para qualquer finalidade, ainda que científica. Ressalte-se que a doação de gametas deve ser precedida de consentimento informado após devidos esclarecimentos e concordância sobre os limites do uso do material coletado. Tratando-se de partes do corpo e, por isso, englobadas no direito

⁶⁶⁷ CHAVES, Antônio. Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo (Transplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para "Mudança de Sexo". Direito ao Cadáver e às Partes do Mesmo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, p. 243-298, 1977, p. 261.

ao corpo, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, fazendo o doador jus ao material doado e ainda não utilizado.

Além disso, a confidencialidade sobre os dados genéticos obtidos a partir desses gametas é imperiosa para proteger a intimidade genética daquele que forneceu as células. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 1997, na 29ª Conferência Geral da Unesco, estabelece, no art. 7º, que os dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada.⁶⁶⁸ No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre os dados genéticos Humanos dispõe que os dados genéticos humanos, os dados proteômicos⁶⁶⁹ e as amostras biológicas⁶⁷⁰ associadas a pessoa identificável não devem ser comunicados ou tornados acessíveis a terceiros.

O dever de guardar os gametas humanos e de garantir o sigilo das informações deles obtidas é especialmente relevante quanto aos gametas doados. Os gametas extraídos do casal que se utiliza da reprodução assistida homóloga serão armazenados apenas até a geração dos embriões, momento a partir do qual não mais haverá células reprodutivas disponíveis, mas sim novos seres humanos a espera da implantação. Em se tratando, entretanto, de gametas doados, esses ficarão armazenados por tempo indeterminado até sua utilização⁶⁷¹. Além disso, eles são submetidos a análises clínicas cujos resultados permanecem armazenados juntamente com outras informações sobre o doador. Tais informações são de caráter sigiloso evidentemente e, por tal sigilo, respondem os bancos de células respectivos.

Para a realização do controle das doações de gametas, foram criados, na França, a partir de 1973, os CECOS – *Centre d'Étude et de Conservation des Oeufs et du Sperme Humains*. A criação desses bancos de gametas baseou-se, de acordo com Hottois e Parizeau, em três finalidades principais: facilitar e regulamentar a inseminação artificial

⁶⁶⁸ UNESCO. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Aprovada na 29ª Conferência Geral da Unesco, em 11 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 14 de março de 2016.

⁶⁶⁹ Conceituados no art. 2º da Declaração como “informações relativas às proteínas de um indivíduo, incluindo a sua expressão, modificação e interação”. UNESCO. Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

⁶⁷⁰ Conceituada no art. 2º da Declaração como “qualquer amostra de material biológico (por exemplo células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucléicos e que contenham a constituição genética característica de um indivíduo. UNESCO. Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

⁶⁷¹ O mesmo ocorre com as pessoas que decidem guardar os gametas para a submissão a tratamento potencialmente esterilizante.

com gameta de doador; permitir a conservação do esperma de pessoas que, em razão de quimioterapia ou radioterapia, pudessem tornar-se estéreis e desenvolver investigações sobre a reprodução humana.⁶⁷²

Na época em que os CECOS foram criados, a reprodução assistida com uso de gametas de doador ainda não era moralmente aceita e a criação de tais bancos pretendia retirá-la da clandestinidade médica, com a imposição de regras técnicas e éticas oficiais e para que fossem inseridas no seio de políticas de saúde e de investigações biomédicas.⁶⁷³ Cabe aos CECOS a coleta e a conservação dos gametas para posterior distribuição aos casais que farão uso da reprodução assistida heteróloga, bem como a avaliação genética do doador e das características do esperma, abrangendo o número de espermatozoides, a mobilidade e a morfologia.⁶⁷⁴

Nos CECOS franceses, prevalecem como requisitos da licitude das doações a gratuidade e o anonimato, protegendo-se a identidade do doador e dos receptores. Além disso, para que as doações fossem aceitas socialmente, exigiu-se que o doador tenha vivenciado a experiência da paternidade.⁶⁷⁵ A doação era feita, assim, de um casal a outro, a fim de que a motivação para doar fosse eminentemente altruísta, como um auxílio ao casal sem filhos. Nos CECOS franceses, a seleção dos doadores objetivava prevenir a transmissão de doenças graves e melhorar as chances de sucesso da gestação.⁶⁷⁶

No Brasil, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina não estabelece requisitos a serem cumpridos pelo doador, mas também prevê a gratuidade e o anonimato como princípios basilares das doações. A norma ética tem o cuidado de limitar o emprego dos gametas doados, a fim de evitar o nascimento de muitos irmãos em uma mesma localidade. Prevê, para tanto, a restrição a, no máximo, duas gestações de crianças de sexos diferentes com os gametas de um mesmo doador em uma área de um milhão de habitantes. A referida resolução estabelece, ainda, que a escolha do doador é de responsabilidade do médico assistente, vedando a participação como doadores aos integrantes das equipes multidisciplinares das clínicas, unidades ou serviços de reprodução assistida.

Para o estabelecimento dos critérios de coleta, armazenamento e processamento dos gametas, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – editou a Resolução da

⁶⁷² HOTTOIS, 1993, p. 67.

⁶⁷³ Loc. cit..

⁶⁷⁴ LEITE, 1995, p. 111.

⁶⁷⁵ HOTTOIS, op. cit., p. 67.

⁶⁷⁶ LEITE, op. cit., p. 50-51.

Diretoria Colegiada, Resolução RDC nº 33, de 2006, que foi, posteriormente, revogada pela Resolução RDC nº 23, 27 de maio de 2011. A norma administrativa cria e regulamenta o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, cuja função é selecionar, coletar transportar, registrar, processar, armazenar, descartar e liberar células, tecidos germinativos e embriões, para uso próprio ou em doação, de natureza pública ou privada. No art. 4º, IX, a resolução define o gameta como a célula germinativa, que ao se unir a outra célula germinativa origina uma célula diplóide, que pode se desenvolver e resultar em um novo indivíduo.⁶⁷⁷

A resolução da Anvisa estabelece, também, que os Bancos de Células e Tecidos Germinativos devem apresentar licença de funcionamento, licença sanitária ou alvará sanitário atualizado, emitido pelo órgão de vigilância sanitária, a quem compete cuidar dos procedimentos relacionados ao preparo, ao armazenamento, ao descarte e à liberação de células, tecidos germinativos e embriões.

Entre as atribuições dos referidos bancos, estão a seleção dos pacientes e dos doadores de células e tecidos germinativos; a obtenção do consentimento esclarecido; a coleta, a avaliação, o processamento, o armazenamento e a liberação dessas células ou tecidos; a realização de exames laboratoriais para o diagnóstico de possíveis contraindicações ou outras condições do uso das amostras; o fornecimento das respectivas informações, resguardado o sigilo do paciente; a manutenção de arquivo próprio com os dados sobre o material coletado e o envio de relatório anual com os dados quantitativos do banco por meio do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio.⁶⁷⁸

Compete, portanto, aos referidos bancos o dever de coletar, após a obtenção do consentimento esclarecido, e armazenar os gametas coletados, juntamente com as informações do doador ou da pessoa que os cedeu para outros fins, as quais devem integrar um arquivo próprio de que constem os dados e o destino do material coletado. Além disso, incumbe a eles a realização de exames laboratoriais para aferir a existência de doenças transmissíveis e a autorização para uso do material biológico armazenado.

⁶⁷⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada nº 23, de 27 de maio de 2011.

⁶⁷⁸ O referido relatório a ser informado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) destina-se ao controle das práticas efetuadas nesses locais e abrange os números de ciclos realizados, de oócitos produzidos, de oócitos inseminados, de oócitos com 2 pró-núcleos (2PN) formados, de embriões clivados, de embriões transferidos a fresco, de embriões transferidos após descongelamento e de embriões desprezados por ausência de clivagem em período superior a 48h (quarenta e oito horas). AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011.

A Resolução da Diretoria Colegiada dispõe, no art. 15, que a doação deve ser gratuita, precedida do consentimento esclarecido, e sigilosa. As informações relativas a doadores e receptores de células, tecidos ou embriões devem ser mantidas em sigilo, de modo a que o receptor não conheça a identidade do doador, e nem o doador a do receptor. Apenas em casos excepcionais, por motivo médico ou jurídico, dispõe a resolução que as informações sobre o doador ou receptor podem ser fornecidas, mas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.⁶⁷⁹

Para ser doador, nos termos da Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, é necessário que o candidato à doação seja maior, que concorde em realizar uma avaliação médico-laboratorial e testes para marcadores de doenças infectocontagiosas e que dê o consentimento esclarecido. A seleção dos doadores de gametas deve se dar com base em sua idade e condição clínica, bem como em entrevista que considere condições físicas e mentais debilitantes, doenças graves, doenças genéticas e outros elementos que contraindiquem a doação.

Se a doação for de óvulos, exige-se, ainda, que a doadora tenha idade inferior a 35 anos, para melhor qualidade dos óvulos, além de um bom nível intelectual e a obtenção de resultado negativo em exames para enfermidades de transmissão sexual e genética.⁶⁸⁰

Embora o doador permaneça nos bastidores da reprodução, acobertado pelo sigilo e, comumente, pela vontade dos candidatos a pais de sequer partilharem essa verdade com os familiares e com a própria criança gerada, ele é partícipe do processo e está sujeito a intervenções médicas que o tornam alvo de proteção jurídica. O tratamento a ser conferido ao doador e ao material genético doado, que carrega em si o patrimônio genético dessa pessoa, deve ser abrangido por uma lei que verse sobre a reprodução assistida, sob pena de se deixar desabrigado aquele que, por um gesto altruísta, torna possível a utilização da técnica em casos nos quais ela seria inviável.

O doador, no momento em que opta pela cessão dos gametas, assume, também, a condição de paciente e, por isso, deve ser acompanhado por um médico e tratado com meios seguros que minimizem eventuais riscos. É importante que uma futura lei sobre a reprodução assistida estabeleça, além das normas sobre a doação de gametas, normas de proteção ao doador, com o dever médico de que lhes sejam resguardadas a integridade física e a intimidade.

⁶⁷⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011.

⁶⁸⁰ ABDELMASSIH, Vicente. Doação de oócitos. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 363.

Os médicos devem, portanto, adotar medidas aptas a proteger a confidencialidade dos dados pertencentes aos doadores, respondendo civil, administrativa e penalmente pela violação ao dever de sigilo. Cumpre lembrar que o Código de Ética Médica veda a divulgação de fato de que o médico tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

A Constituição da República Federativa do Brasil resguarda a inviolabilidade da intimidade, no art. 5º. Essa esfera íntima da vida abrange o segredo sobre os dados médicos e sobre a doação de gametas. Embora seja possível questionar o sigilo sobre a identidade do doador, as informações médicas devem permanecer inacessíveis.

Saliente-se, ainda, a relevância de que tal lei estabeleça o dever dos Bancos de Tecido e Células Germinativas e das clínicas de reprodução assistida de garantir que os gametas por eles armazenados não serão utilizados para fins diversos daqueles permitidos pelo titular por meio de termo de consentimento informado e que as informações obtidas a partir das análises feitas sobre ele permanecerão resguardadas sob rigoroso sigilo. Tais instituições, por consequência, respondem civilmente pela infração desses deveres. Finalmente, os gametas devem ser armazenados em conformidade com as determinações técnicas estipuladas pela Anvisa, respondendo pela sua integridade as instituições às quais foram confiados.

3.2 A gratuidade da doação

Questão sempre tormentosa é a da possibilidade de remuneração por doação de partes do corpo humano. Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa lembram que a ideia de mercantilizar o corpo humano encontra suas raízes na escravidão, que abrangia o direito de posse, de aquisição e venda de indivíduos. Embora esse mercado humano tenha cedido, nos últimos anos, lugar a regras internacionalmente aceitas de proteção ao indivíduo, que vedam a escravização, a disponibilidade de partes do corpo humano, reavivou o debate sobre possibilidade de sua comercialização. A nova colocação do problema conduziu à retomada de antiga questão quanto à caracterização do ser humano como sujeito ou objeto.⁶⁸¹

⁶⁸¹ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. 2ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001, p. 57.

A possibilidade de remuneração por partes do corpo humano foi reavivada nas discussões médicas e acadêmicas sobre os transplantes. Do ponto de vista ético, muitos estudiosos insurgiram-se veementemente contra tal possibilidade, asseverando a dignidade da pessoa humana e o risco de reforço às desigualdades sociais, com o recurso à venda de órgãos para a solução de problemas financeiros.

A vedação à comercialização de partes do corpo foi inserida na Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Apesar da determinação legal, que espelhou o sentimento majoritário de rejeição à possibilidade de comercialização de partes do corpo humano, identificam-se ainda, na doutrina, vozes minoritárias que defendem tal posição.

Na doutrina inglesa, Julian Savulescu entende que a pessoa tem o direito de decidir sobre a venda de partes do próprio corpo. Para ele, se é permitido à pessoa gerar risco de dano ao próprio corpo por prazer, por exemplo, fumando ou esquiando, também deveria ser permitido a ela optar por vender partes do corpo para obter recursos que lhe facultem satisfazer outros interesses. Proibir essa comercialização seria restringir o direito de liberdade sobre a própria vida.⁶⁸²

Apesar das vozes em contrário, a gratuidade da doação de partes do corpo foi aceita como uma consequência da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e à integridade física. A imposição da gratuidade como requisito da doação é verificada, por exemplo, na Lei Espanhola nº 14/2006 que veda, no art. 5º, o caráter lucrativo ou comercial da doação, admitindo a compensação financeira apenas para custear os gastos decorrentes do procedimento e desde que não representem um incentivo econômico a ela.⁶⁸³ No direito português, a Lei nº 32/2006 também proíbe a compra ou venda de gametas para as técnicas de reprodução assistida.⁶⁸⁴

Essa posição fundamentou, desde o princípio do emprego da reprodução assistida no Brasil, a imposição da gratuidade das doações de células reprodutivas. Ressalte-se que a primeira norma a dispor sobre a reprodução assistida no país, a Resolução nº 1.358, de

⁶⁸² SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, v. 29, july 2003, p. 138-139.

⁶⁸³ ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁶⁸⁴ PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=leis&artigo_id=903A0016&nid=903&nversao=&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

1992, do Conselho Federal de Medicina, previa como requisitos para a doação de gametas a gratuidade e o anonimato, os quais foram mantidos nas resoluções subsequentes.

Contudo, em virtude da natureza da doação de gametas, que não gera prejuízo ao organismo como a doação de órgãos, e da necessidade de gametas doados para a reprodução assistida heteróloga, a questão da gratuidade é frequentemente retomada. Em muitos casos, os gametas do casal apresentam deficiências que impedem sua utilização. Assim, o uso da reprodução assistida para gerar uma criança, filha do casal, só é possível com o emprego de gametas doados, situação em que a criança terá laços biológicos com apenas um dos pais ou com nenhum deles, caso sejam utilizados gametas feminino e masculino de doadores. Por tal razão, o interesse na remuneração pela doação permanece latente.

O maior interesse na remuneração pelas células reprodutivas refere-se aos gametas femininos. As indicações mais comuns para o uso de oócitos doados são a falência ovariana precoce, as repetidas falhas na FIV, a presença de anormalidades genéticas, a idade avançada e quando os ovários são tecnicamente inacessíveis.⁶⁸⁵ A relativa inacessibilidade do gameta feminino e a necessidade de sincronizar o processo ovulatório da doadora e o desenvolvimento do endométrio da receptora dificultam o procedimento.⁶⁸⁶

Cumprido esclarecer que, para fins de reprodução assistida, a obtenção dos gametas masculinos se dá por meio da masturbação, procedimento simples e seguro para o paciente, sendo, portanto, indiscriminadamente aceito. No entanto, os gametas femininos são obtidos por meio de punção de óvulos diretamente dos ovários, procedimento invasivo que gera riscos para a doadora. Além disso, diante da necessidade de obtenção de vários óvulos por ciclo ovulatório, as mulheres submetidas ao processo fazem uso de altas doses hormonais, responsáveis pelo comando da ovulação, fator que incrementa diversos riscos para a saúde da mulher, sobretudo quando realizado repetidamente.

Em virtude do caráter invasivo e complexo da coleta dos óvulos, do dispêndio de tempo necessário à sua realização, dos riscos e incômodos gerados, parte da doutrina defende a contraprestação pecuniária pela doação, a qual se daria não como remuneração, mas como uma compensação pelos danos sofridos. Contudo, no Brasil, a remuneração, a qualquer título, mesmo como compensação, é vedada.

⁶⁸⁵ ABDELMASSIH, 2007, p. 361.

⁶⁸⁶ GUTIÉRREZ, A.; REMOHI, J. Doação de oócitos. In: BADALOTTI, Mariângela; TELÖKEN, Cláudio; PETRACO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997, p. 657.

Nos Estados Unidos, a *American Society for Reproductive Medicine* recomenda a compensação financeira para a doadora de oócitos em razão do tempo, do inconveniente e do desconforto associado ao procedimento, sobretudo à estimulação ovariana e à retirada do oócito. Alerta, no entanto, que a compensação é invariável. O documento menciona, ainda, a possibilidade de compensação por meio da divisão dos custos entre a doadora e a receptora, que se faz, normalmente, pela divisão dos oócitos extraídos em troca da redução de 50% a 60% dos custos totais com um ciclo de fertilização *in vitro*.⁶⁸⁷

A possibilidade de remuneração pelos gametas femininos ou masculinos, embora tenha o benefício de evitar a falta deles para os procedimentos heterólogos, suscita questões éticas concernentes à motivação do doador ou da doadora. É possível, e talvez provável, que a pessoa escolha doar seus gametas não por uma vontade altruísta de ajudar outro casal, mas por necessidades financeiras. Além disso, pode motivar a ocultação por parte do doador de questões importantes sobre sua saúde ou sobre sua descendência.⁶⁸⁸

Outra questão ética aventada é o fato de que a possibilidade de remuneração pelos gametas doados os torna propriedade, desvalorizando, assim, a vida humana. Para muitos, tal possibilidade implicaria ofensa a valores como o respeito pela vida humana e a dignidade. Contudo, a *American Society for Reproductive Medicine* ressalta que o valor pago não deve ser alto a ponto de configurar um pagamento, mas o suficiente apenas para compensar o tempo dedicado e o incômodo sofrido.⁶⁸⁹

Os riscos inerentes ao procedimento de coleta dos óvulos fazem com que muitos dos oócitos doados sejam provenientes de pacientes do programa de fertilização *in vitro* que obtiveram boas respostas, coletando um número maior óvulos do que o necessário.⁶⁹⁰ A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a possibilidade de compartilhamento de custos do processo, nesses casos em que a usuária da fertilização *in vitro* doa os óvulos excedentes, de modo que a receptora dos óvulos pague parte do tratamento a que será submetida a doadora.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, permite, no art. 1º, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem*, para fins de

⁶⁸⁷ ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Financial compensation of oocyte donors. *Fertility and Sterility*, v. 88, n. 2, August 2007, p. 304-305. Disponível em: <https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Ethics_Committee_Reports_and_Statements/financial_incentives.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2016.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ *Ibidem*.

⁶⁹⁰ GUTIÉRREZ; REMOHI, 1997, p. 659.

transplante ou tratamento. Consta do parágrafo único do mesmo art. 1º, que não estão compreendidos entre os tecidos humanos de que trata a lei, o sangue, o espermatozoide e o óvulo. A mesma lei prevê pena de reclusão de três a oito anos e multa para aquele que comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Embora a lei não trate do espermatozoide e do óvulo, a vedação à comercialização de partes do corpo, que reflete a proteção constitucional à integridade física e à dignidade da pessoa humana, pode ser aplicada de forma analógica à doação de gametas.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, entre o doador e o Banco de Tecidos e Células Germinativas, estabelece-se um contrato, por meio do qual o doador compromete-se a transferir ao estabelecimento uma parte do seu corpo. A licitude desse contrato tem como condição a gratuidade, que se vincula à liberdade de consentimento, exercida mediante a não perturbação por interesses financeiros.⁶⁹¹

Assim, apesar dos riscos e dos encargos inerentes à doação de óvulos, deve ser vedado, por determinação constitucional, qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento. Nenhuma forma de remuneração ou compensação financeira pela doação é, pois, admitida pelo ordenamento brasileiro. Quanto à situação específica do compartilhamento dos custos do tratamento pela doadora de óvulos e a receptora, entende-se cabível, em razão de a doadora ter que se submeter a procedimento para a retirada dos óvulos necessário ao tratamento. Não, na hipótese, que se falar em remuneração por esses, mas somente uma redução dos custos do procedimento.

3.3 O anonimato dos doadores e o direito ao conhecimento da ascendência genética

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, mantendo a orientação das resoluções anteriores estabeleceu também o anonimato das doações de gametas, dispondo, no item 2 do capítulo IV, que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

O anonimato dos doadores foi pensado, inicialmente, como forma de proteção da criança, para evitar que ela não se tornasse objeto de disputa entre quem doou o gameta e quem o recebeu. Prestou-se, também, a um incentivo a doações, afastando o receio

⁶⁹¹ LEITE, 1995, p. 250.

existente no primeiro momento de que, futuramente, a criança pudesse pleitear um vínculo de filiação em face do doador.

A determinação de que a identidade do doador não seria acessível aos pais receptores ou à criança gerada encorajou as doações e propiciou o uso mais amplo da técnica. No entanto, em que pesem os benefícios de tal disposição, não tardaram a aparecer questionamentos à sua prática.

Conforme aceito pela maioria da doutrina que trata do tema e pelo Código Civil de 2002, nos casos de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial heterólogas, a paternidade ou a maternidade não é atribuída ao doador de gametas, mas sim àquele que consentiu na sua utilização. O Código Civil dispôs, no art. 1597, V, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Embora a lei se refira apenas à inseminação artificial, uma interpretação analógica permite incluir na interpretação do dispositivo a fertilização *in vitro* heteróloga.

No entanto, apesar da ausência de vínculo jurídico de filiação entre o doador e a criança gerada com seus gametas, existe um liame biológico que não pode ser ignorado. Conhecer o ascendente pode ser do interesse da pessoa gerada com o emprego das técnicas de reprodução assistida e tal anseio encontra amparo nos direitos da personalidade.

De acordo com Rafael Luís Vale Reis, na fase inicial de uso das técnicas de reprodução assistida heterólogas, a solução do segredo quanto à identidade dos doadores foi acolhida. Tão logo, contudo, despertou um movimento de defesa do direito do filho de conhecer sua origem, mas sem que a esse conhecimento seguisse o estabelecimento de correspondentes vínculos biológicos.⁶⁹²

Ressalte-se, como bem esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo, que o direito ao estado de filiação e o direito de conhecer as origens genéticas não se confundem. O primeiro tem a natureza de direito de família, enquanto o segundo, de direito da personalidade.⁶⁹³ O primeiro refere-se, pois, ao direito de ser reconhecido como filho, fazendo jus, a partir daí, aos efeitos inerentes ao estado de filho, como os direitos de uso do nome, a receber alimentos e à sucessão *causa mortis*. O direito ao conhecimento da ascendência ou das origens genéticas, diferentemente, refere-se ao direito de conhecer a história biológica,

⁶⁹² REIS, Rafael Luís Vale. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 117.

⁶⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de Direito de Família*. v. 5, n. 19, ago/set, 2003, p. 151.

mediante a investigação dos ascendentes genéticos. Tal direito é, para Rafael Luís Vale e Reis, decorrência da dignidade da pessoa e dos direitos à identidade pessoal, à integridade e ao livre desenvolvimento, e consiste na “faculdade que deve ser reconhecida a todo ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respectivos progenitores”⁶⁹⁴.

Zeno Veloso considera o referido direito como fundamental e consequência da dignidade da pessoa humana, abrangendo o direito de toda pessoa de saber sua origem e seus laços genéticos.⁶⁹⁵ Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado também defendem a existência de um direito ao conhecimento da origem genética. Refletem que o biológico é o primeiro fator que compõe a pessoa e que a revelação da memória genética, coincidindo ou não com a memória familiar, integra a historicidade pessoal.⁶⁹⁶

Na reprodução assistida com uso de gametas doados, o direito ao conhecimento das origens genéticas concretiza-se por meio da permissão do acesso pela pessoa gerada a partir dessa técnica à identidade respectivo doador. Assim, o direito ao anonimato, corolário do direito à intimidade, de que é titular o doador, não é absoluto, devendo ser relativizado em face do direito reconhecido a toda pessoa de conhecer sua origem genética.

A questão do anonimato dos doadores é controversa e encontra tratamentos díspares nos diversos ordenamentos jurídicos. Na França, o anonimato é resguardado no *Code de la Santé Publique*, no *Code Civil* e no *Code Pénal*, que tipifica como crime a conduta de divulgar informação que permita identificar a pessoa ou casal que doou gametas ou que os recebeu⁶⁹⁷. O *Code de la Santé Publique*, no artigo 1244-6, admite, excepcionalmente, o fornecimento de informações médicas para fins de tratamento, mas resguarda a identidade civil do doador⁶⁹⁸. De maneira semelhante, na Espanha, a Lei nº 14/2006 garante, no artigo 5º, 5, a confidencialidade dos dados relativos à identidade dos doadores, possibilitando o acesso às informações apenas em circunstâncias extraordinárias que apresentem risco para a vida do filho.⁶⁹⁹

⁶⁹⁴ REIS, 2008, p. 13.

⁶⁹⁵ VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

⁶⁹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.65

⁶⁹⁷ FRANÇA. Code Pénal. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁶⁹⁸ FRANÇA. Code de la Santé Publique. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁶⁹⁹ ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/>. Acesso em 16 de abril de 2016.

A solução do direito português, entretanto, parece mais adequada. A Lei nº 32/2006 estabelece, no art. 15, o dever de sigilo quanto à identidade de qualquer dos participantes dos processos da reprodução assistida. No mesmo dispositivo, prevê a possibilidade de que as pessoas nascidas em consequência das técnicas de reprodução assistida com recurso a gametas ou embriões doados possam obter, nos respectivos serviços de saúde, informações de natureza genética a seu respeito, sem a identificação do doador. Contudo, a lei permite o fornecimento de informações sobre a identidade do doador por razões relevantes reconhecidas por sentença judicial.⁷⁰⁰

Rafael Reis defende, no direito português, que o direito ao conhecimento da ascendência genética deve ser exercido por meio de uma “ação de informação pessoal”, cuja finalidade é apenas a identificação dos progenitores biológicos. Trata-se de ação declaratória ajuizada em face do terceiro que detém informações sobre os progenitores, a fim de que, sobre tais informações, seja levantado o manto do sigilo.⁷⁰¹

No Brasil, tanto a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, quanto a Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 23, de 2011, estabelecem um dever de arquivamento dos dados do doador. A norma do Conselho de Medicina prevê que seja mantido, nas clínicas, centros ou serviços onde a doação é feita, um registro com dados clínicos, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. Prevê, ainda, que, em situações especiais, informações sobre os doadores podem ser fornecidas, exclusivamente para médicos e por motivação médica, resguardando-se, porém, a identidade civil deles.

A normatização da Anvisa, por sua vez, prevê que os Bancos de Células e Tecidos Germinativos devem manter disponíveis, por um período mínimo de 20 (vinte) anos após a utilização terapêutica das amostras biológicas, documentos e registros relativos aos dados dos pacientes e dos doadores com identificação da amostra, dados com as características do doador, a triagem clínica, sorológica e microbiológica de viabilidade, a coleta, o acondicionamento, o transporte, o processamento, a criopreservação e o armazenamento do material biológico, a data e motivo do descarte das amostras, quando couber, os termos de consentimento esclarecido, o relatório médico da realização ou não do procedimento com identificação da receptora e o resultado da gestação.

⁷⁰⁰ PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁷⁰¹ REIS, 2008, p. 124-125.

Uma futura lei que discipline sobre a reprodução assistida deve dispor, portanto, sobre a gratuidade e o anonimato das doações. O Projeto de lei nº 90/1999 não reconhece o direito ao conhecimento da ascendência genética, dispondo, no art. 18, parágrafo único, serem asseguradas ao doador e à criança informações recíprocas, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, mas resguardado o anonimato.

Os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015, no entanto, resguardam, em parte, o referido direito à pessoa gerada por reprodução assistida heteróloga. Dispõe no art. 19 que é garantido ao doador de gametas o sigilo sobre sua identidade, resguardando o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação da vida, a manutenção da saúde física ou higidez psicológica ou em outros casos graves a serem apreciados pelo juiz.

Observa-se que os projetos citados não contemplam expressamente e incondicionalmente o direito de toda pessoa de conhecer sua origem biológica. No entanto, afastam a absolutização do anonimato, com uma abertura para que a pessoa gerada com gametas de doador possa pesquisar sua ascendência genética com fundamento em motivo relevante. Considera-se adequada a solução, haja vista que o exercício do referido direito gera a violação da intimidade do doador, devendo, pois, ser fundamentado em necessidade ou interesse comprovados.

Tendo em vista o direito da criança gerada por essa técnica ter acesso à identidade do doador para conhecimento da sua ascendência genética, deve ser determinada a manutenção de registros sobre os dados do doador, associados a informações sobre o uso do material por ele doado, os receptores e o destino da gestação, se levada a efeito, com o nascimento ou não.

3.4 Cessão temporária de útero

A cessão temporária de útero, também chamada de maternidade de substituição, maternidade sub-rogada⁷⁰² e, popularmente, de barriga de aluguel, consiste na implantação do embrião gerado a partir de gametas do casal ou de gametas doados no útero de uma segunda mulher, alheia a esse casal. É utilizada para os casos em que o estado do útero

⁷⁰² Terminologia utilizada no direito norte-americano, *surrogate motherhood*.

materno não permite o desenvolvimento do ovo fecundado ou quando a gravidez gera risco para a mãe.⁷⁰³

Inicialmente, é preciso esclarecer a escolha do termo. Embora no decorrer dos capítulos anteriores tenham sido usadas indistintamente as terminologias “maternidade de substituição” e “cessão de útero”, neste capítulo, cujo propósito é tratar especificamente do tema a que tais nomenclaturas se referem, optou-se por utilizar “cessão temporária de útero”. A escolha encontra fundamento na crítica feita à expressão “maternidade de substituição” no Parecer nº 63/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal. Consta do documento que a mencionada expressão poderia gerar equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, ao supor, ainda que tacitamente, a fragmentação da maternidade em biológica, social e jurídica. No referido parecer, adotou-se a expressão “gestação de substituição”⁷⁰⁴.

A temática da cessão temporária de útero é polêmica, sensível e de difícil tratamento, por partir da dissociação entre a gestação e a filiação. Tradicionalmente, no direito brasileiro, por influência do direito romano, buscava-se atribuir a paternidade e a maternidade conforme os vínculos biológicos. Em face da ausência de exames aptos a revelar a existência do liame sanguíneo, os vínculos jurídicos de filiação eram definidos por presunções. A paternidade, assim, era determinada com base na presunção de que o pai é o marido da mãe, *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Tal presunção encontrava obstáculos apenas quando a filiação decorria de uma relação não conjugal, situação que fundamentou, durante muitos anos, a divisão da filiação em legítima e ilegítima. Quanto à maternidade, era sempre certa – *mater sempre certa est* –, determinada a partir dos sinais externos da gravidez e do parto.

Durante o século XX, paralelamente à descoberta do DNA e à possibilidade de identificação da ascendência biológica com precisão, observou-se um movimento de desvinculação da paternidade da matriz genética. A aceitação jurídica da dissociação mencionada foi consagrada no reconhecimento da paternidade desbiologizada⁷⁰⁵ - tratada,

⁷⁰³ LEITE, 1995, p. 66.

⁷⁰⁴ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Parecer n.º 63/2012. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁷⁰⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, v. 271, ano 76, jul/ago/set. 1980.

também, como sócioafetiva⁷⁰⁶ - em que a circunstância de amar e servir sobrepõe-se ao vínculo sanguíneo.

A evolução da medicina reprodutiva, no entanto, ao possibilitar a desvinculação entre a mulher que cede o óvulo e aquela que gera a criança, retomou o antigo problema, mas, desta vez, incidindo sobre a maternidade, até então sempre certa. A cessão de útero suscita, pois, o debate quanto à possibilidade de uma mulher carregar em seu ventre um filho biológico de outra pessoa.

Quando a mulher não dispõe de útero ou não o tem em condições satisfatórias para a geração de um filho, propõe a medicina que o embrião gerado em laboratório a partir do óvulo dessa mãe seja implantado no útero de outra mulher, a se tornar apenas uma “hospedeira” para o bebê, não nutrindo em relação a ele, em princípio, qualquer vínculo afetivo ou jurídico. A proposta médica parte de um ponto de vista que lhe é próprio: o da possibilidade de que uma mulher sem condições físicas de gestar tenha um filho biológico. Entretanto, dos pontos de vista ético e jurídico, a cessão de útero é prática de difícil abordagem.

Consta do citado Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida nº63/2012, de Portugal, que a cessão de útero gera controvérsias relacionadas à exploração e à instrumentalização das mulheres, à coisificação e comercialização de bebês e à degradação ou afetação do valor simbólico da gestação e da maternidade.⁷⁰⁷ Além das questões éticas mencionadas, o problema jurídico delineado pela cessão temporária de útero é, como observado por Patricia López Peláez, o da geração por uma mulher de uma criança que, juridicamente, não será sua filha, em razão de um contrato anterior à gravidez, que serviu de causa a ela.⁷⁰⁸

Uma adequada regulação dessa prática perpassa três pontos principais: a possibilidade de “empréstimo” do útero para gerar um filho alheio, a natureza do negócio jurídico realizado e a determinação da filiação. O terceiro ponto controvertido não é objeto deste trabalho, cujo propósito é tratar apenas das condutas médicas praticadas nas clínicas de reprodução assistida, deixando de lado a seara do direito de família.

⁷⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁷⁰⁷ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Parecer n.º 63/2012. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

⁷⁰⁸ PELÁEZ, Patricia López. Contrato de gestação por substituição (“mães de aluguel”) no direito espanhol. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (org.). *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 283

A mulher que concorda em gerar o filho de outra está, voluntariamente, aceitando uma restrição ao exercício do seu direito à integridade física, pois a gravidez, embora fenômeno natural, causa modificações corporais e riscos à saúde da gestante. Além disso, durante o período gestacional, a mulher deve submeter-se a exames frequentes e a restrições de diversas ordens. Assim, a prática da cessão de útero implica, em si, uma restrição a direitos da personalidade, com a assunção de riscos à integridade física. Tais riscos, todavia, não a tornam ilícita, em virtude da existência de uma parcela de liberdade de renúncia ao exercício dos direitos da personalidade admitida pelo Direito.

A discussão sobre a licitude da cessão de útero tangencia a instrumentalização da mulher que se presta a gerar a criança, tornando-a uma mera portadora – terminologia frequentemente encontrada na doutrina – que não deve afeiçoar-se a ela. A “mãe gestacional”, no contrato de cessão temporária de útero, parece assumir a posição de uma prestadora de serviços, função que não se adequa à relevância do ato de gerar, à proteção jurídica à maternidade e à dignidade da pessoa humana.

Observa Laura Shanner que a mãe substituta não é vista, normalmente, como uma grávida que tem uma íntima relação com a criança que está gerando. Incumbiria a ela apenas conduzir a gestação da criança em razão de um contrato, como um serviço prestado. A autora chama a atenção para o fato de que a própria terminologia utilizada objetiva a mulher, focando na perspectiva do casal a quem a criança será destinada. A desconsideração da relação entre a gestante e a criança causa, por consequência, uma dissociação entre a mulher e o próprio corpo e entre ela e a gravidez, já que “não é o seu bebê”, causando uma forma de alienação psicológica que a instrumentaliza.⁷⁰⁹

Desse modo, quando a mulher sente que o ser traz no ventre não é *seu*, porque há um contrato com outras pessoas para a entrega dessa criança, ela aliena-se da experiência da gestação. Na relação, a criança torna-se um objeto e a gestante que a gera pode ser vista também como um objeto, como uma “máquina de fazer bebê”.⁷¹⁰

Salienta Naara Luna que, na cessão de útero, vivencia-se o problema da ruptura da presumível indissolubilidade do vínculo entre a mãe e o filho, de modo a contrariar as representações de gênero feminino vigentes, centradas no instinto materno e na

⁷⁰⁹ SHANNER, 1995, p. 854.

⁷¹⁰ Loc. cit.

maternidade natural. A tolerância da prática, a despeito dessa ruptura, é justificada apenas quando revestida de altruísmo, fundada no anseio de minimizar o sofrimento alheio.⁷¹¹

Outra questão tormentosa da cessão de útero situa-se na natureza e na exigibilidade do contrato celebrado entre as partes. Nessa prática, a “mãe gestacional” concorda com a implantação em seu útero do embrião gerado por outro casal, com a gestação desse nascituro e com a entrega, após o parto, do bebê ao casal que forneceu os gametas. O questionamento encontrado em quase todos os textos que tratam do assunto centra-se na exigibilidade da “obrigação” de entregar a criança.

A cessão temporária de útero motivou debates éticos disseminados após o julgamento, nos Estados Unidos, do caso conhecido como *Baby M*. Trata-se de um casal estéril que firmou com outra mulher, casada, mas com o consentimento do marido, um contrato de cessão de útero mediante contraprestação pecuniária. Nos termos do contrato celebrado, a candidata a “mãe gestacional” seria inseminada com o sêmen do contratante e deveria, em contrapartida, entregar a criança após o nascimento, mediante o pagamento da quantia de dez mil dólares.⁷¹²

Após o nascimento do bebê, a “mãe gestacional” negou-se a entregá-lo, alegando ter-se afeiçoado a ele, negativa que motivou o ajuizamento de uma ação judicial. A Suprema Corte de Nova Jersey conferiu a guarda da menina ao pai, mas concedeu à “mãe gestacional” o direito de visitas. A repercussão do caso deve-se aos argumentos utilizados pelas partes que envolveram a ilegalidade do contrato de cessão de útero e a defesa dos interesses da criança.⁷¹³

O conflito entre a “mãe gestacional” e a “mãe biológica” é comum, pois, durante a gravidez, forma-se uma relação íntima e próxima entre a gestante e o bebê. Em razão disso, a técnica revela-se problemática e, certamente, mais causadora de divergências do que de soluções. Lembre-se, ainda, de que a criança gerada não terá seus direitos e interesses atendidos caso se torne objeto de disputa entre ambas.

A aceitação da licitude do contrato e da possibilidade de remuneração pelo empréstimo do útero por alguns países torna a exploração das “mães gestacionais” um segmento de mercado. Berlinguer e Garrafa mencionam que a empresa ICNY, com sede em Nova York, opera fazendo a intermediação entre casais e mães substitutas, e

⁷¹¹ LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Cadernos pagu*, v. 19, p. 233-278, 2002, p. 273.

⁷¹² BARBOZA, 1993, p. 87-88.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 87-88.

desponibilizam material publicitário com fotos de bebês e dizeres como “toda criança é um milagre”.⁷¹⁴ Naara Luna também faz referência a agências norte-americanas de intermediação entre mães substitutas e casais inférteis que lançam anúncios nos jornais para recrutar candidatas à substituição intitulados “dê o dom da vida” ou “ajude casais sem filhos a tornar-se uma família”.⁷¹⁵

Casos de rejeição da criança, nascida com alguma deformidade, como Síndrome de Down ou com características destoantes do desejado são narrados pela doutrina. Outros são marcados pelo conflito entre a gestante e a mãe biológica, no qual a primeira recusa-se a entregar a criança, em virtude de uma ligação profunda formada durante a gravidez.

A Lei portuguesa nº 32/2006 define a maternidade de substituição, no art. 8º, como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”. Tal dispositivo prevê, ainda, a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição e dispõe ser a mulher que suportar uma gravidez de substituição havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que nascer.⁷¹⁶

Na Espanha, a Lei 14/ 2006, de 26 de maio, no art. 10, também estabelece a nulidade do contrato em que se acorde a gestação por mulher que renuncie à filiação materna em favor dos contratantes ou de um terceiro. Tal como determinado na legislação portuguesa, a espanhola condiciona a filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição ao parto.⁷¹⁷

Na França, de acordo com Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, a cessão de útero, a princípio considerada ilegal, foi considerada aceitável pelo Tribunal de Apelação em 1990. No entanto, em 1991, o Tribunal de Cassação pronunciou-se em sentido contrário, fundamentando sua decisão na ilegalidade da maternidade de substituição por ofender o princípio de que não é lícito dispor do corpo dos outros ou de suas funções. Mencionam os autores, ainda, uma sentença do Tribunal de Monza, na Itália, que reconheceu a maternidade à “mãe gestacional”, aos argumentos da indisponibilidade

⁷¹⁴ BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 110.

⁷¹⁵ LUNA, 2002, p. 257.

⁷¹⁶ PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁷¹⁷ ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/>. Acesso em 16 de abril de 2016.

comercial do corpo e do direito do recém-nascido à continuidade da relação de filiação iniciada na vida intrauterina.⁷¹⁸

No Direito brasileiro, de acordo com Mônica Aguiar, a doutrina divide-se em duas correntes principais. A primeira formada pelos que se pronunciam contra os contratos de cessão de útero, com fundamento em que eventual pagamento pela gestação e o dever de entrega da criança representariam coisificação da pessoa, violando, assim, o princípio da dignidade. A segunda favorável à licitude da prática, admitindo, inclusive, a remuneração pelo serviço de aluguel do útero.⁷¹⁹

Para a autora, esse último entendimento não deve prevalecer. Admitir o contrato de cessão de útero seria aceitar o pagamento pela entrega da criança, pois, nesses contratos, o valor fixado remunera menos a gestação em si do que a entrega do bebê. Assevera que o filho não é um bem útil, a serviço dos desejos e interesses dos genitores, de modo que, embora exista quem pretenda inserir o referido acordo entre os contratos típicos, como a locação ou empréstimo, conforme haja ou não contraprestação, faltaria a possibilidade de transferir a posse do bem. Não haveria, ainda, uma prestação de serviços, visto que o objetivo do acordo é a entrega da criança, sendo o uso do útero apenas um meio para alcançá-lo. Conclui pela ilicitude do contrato, ofensivo à dignidade da pessoa humana.⁷²⁰

Esclareça-se que a cessão de útero não pode receber o mesmo tratamento da doação de gametas, pois o ato de gestar, no próprio ventre, um bebê é uma experiência de maternidade que se diferencia do mero ato de doar células reprodutivas. Entende Heloísa Helena Barboza que a força da relação surgida entre a “mãe incubadora”, que alimenta o novo ser durante nove meses, sentindo-lhe o desenvolvimento e os movimentos, e esse novo ser impede a consideração da mulher como mero instrumento para a geração do filho de outra.⁷²¹

Para Heloísa Helena Barboza, a melhor interpretação do art. 199, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, abrange a cessão de útero, pois a finalidade da norma é impedir a comercialização do corpo humano. Argumenta que o embrião não é coisa, não se podendo aplicar à hipótese a disciplina dos contratos

⁷¹⁸ BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 112.

⁷¹⁹ AGUIAR, 2005, p. 109.

⁷²⁰ Loc. cit.

⁷²¹ BARBOZA, 1993, p. 93.

patrimoniais, que prevêm, por exemplo, a obrigação de entrega da coisa e a possibilidade de conversão em perdas e danos.⁷²²

Ainda para a autora, a Lei de transplantes apenas admite a disposição de órgãos ou partes do corpo por pessoa maior e capaz, desde que haja uma necessidade terapêutica e comprovadamente indispensável para a pessoa receptora, requisito que não estaria presente na cessão de útero. A possibilidade, ainda, de disputa da criança entre a “mãe gestacional”, que emprega suas energias físicas e psíquicas na formação dela, e a “mãe biológica”, que fornece o elemento gerador e foi a verdadeira mentora do filho, torna, no pensamento da autora, desaconselhável a admissão da prática.⁷²³

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina dispôs, no capítulo VII, sobre a cessão de útero, a que denominou gestação de substituição, permitindo seu uso quando diagnosticado um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mulher que fornecerá os óvulos. De maneira inédita, a citada norma também facultou a utilização da referida técnica por casais homoafetivos. Contudo, a resolução restringiu as doadoras temporárias de útero às mulheres com parentesco consanguíneo até o quarto grau de qualquer dos cônjuges ou conviventes, relegando os demais casos à apreciação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

Dispôs a normatização, ainda, sobre a gratuidade da cessão e sobre a necessidade de que o termo de consentimento livre e esclarecido aborde, entre outras disposições, os aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal e os aspectos legais da filiação. Além do referido termo, é exigido outro, o termo de compromisso entre o casal e a cedente do útero que disponha sobre a filiação da criança e o estabelecimento da obrigação, por parte do casal, de custeio do tratamento médico da gestante até o puerpério e de registrar civilmente a criança e, por parte da mulher que gerará a criança, de apresentar consentimento do marido ou companheiro, se for o caso.

Os Projetos de Lei nº 4892/2012 e 115/2015 tratam da cessão temporária de útero, no capítulo V, como prática permitida quando estiver presente fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento. No texto dos projetos, veda-se a retribuição econômica pela cessão do útero e exige-se a prévia realização de pacto de gestação de substituição a ser homologado

⁷²² BARBOZA, 1993, p. 91-92.

⁷²³ *Ibidem*, p. 94-96

judicialmente antes dos procedimentos médicos de implantação, sem o qual a gestante será havida para todos os efeitos legais como mãe da criança.

Dispõem ambos os projetos, ainda, que o ato de ceder temporariamente o útero é facultado apenas à família dos cônjuges ou companheiros em parentesco de até o 2º grau, admitindo-se, excepcionalmente, a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina. A criança será registrada como filha do casal que cedeu os gametas bastando, para isso, levar ao Cartório de Registro Civil de pessoas Naturais o pacto de substituição homologado judicialmente, a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, a declaração do médico responsável e o termo de consentimento informado.

A complexidade do tratamento legal da cessão de útero é identificada, sobretudo, na fragmentação dos papéis tradicionalmente atribuídos à mãe e na natureza contratual e exigível do vínculo. A forma de tratamento da matéria na Resolução nº 2.121/2015 e nos projetos de lei citados não parece ser suficiente para evitar as questões suscitadas pela cessão de útero.

Inicialmente, o contrato celebrado entre as partes, ainda que gratuito, é nulo de pleno direito, pois não comporta objeto lícito. A cessão temporária e gratuita do útero, por não gerar diminuição ou prejuízo ao corpo ou a suas funções orgânicas, é, em tese, possível, situando-se na esfera de liberdade da pessoa sobre o exercício do seu direito ao corpo. Essa cessão, é claro, somente seria lícita se fundada em razões altruístas e despida de qualquer remuneração.

No entanto, a renúncia ao direito sobre a criança não parece ser obrigação lícita em confronto com o ordenamento jurídico brasileiro. Maternidade e ser humano não estão disponíveis para renúncia, de modo que, mesmo diante de um acordo contendo a obrigação de entrega da criança após o nascimento, a mãe que a gerou, mesmo não sendo a genitora biológica, pode recusar-se a cumprir o acordado. Entender de forma diversa seria tratar a “mãe gestacional” como uma prestadora de serviços com o uso do próprio útero, do ato da gestação e dos cuidados maternos. A ideia da gestação como um serviço não encontra amparo no texto constitucional, preocupado em resguardar a dignidade da pessoa humana e a proteção ao ser humano.

Assim, o pacto de gestação de substituição tem valor apenas se confirmado pela gestante após o parto. A criança gerada não é um bem a ser objeto de pacto e, tampouco, é possível, sobre ela, incidir uma obrigação de entrega, ainda que ao casal que detém a

paternidade biológica. Tal acordo não é exigível e, para valer perante o registro, deve ser ratificado pela “mãe gestacional” após o nascimento da criança. Caso desista do que foi anteriormente pactuado, a criança será tida como filha dela para todos os fins. Em razão disso, deve haver a obrigatoriedade de informação ao casal solicitante da inexigibilidade do acordo.

Além dessa questão, a possibilidade de que pessoa alheia à família gere a criança abre margem para a prática remunerada da cessão temporária do útero, devendo ser melhor disciplinada. Tendo em vista a natureza da gestação, é imperiosa a existência de um vínculo de parentesco próximo entre o casal e a “mãe gestacional”. Ademais, o Conselho Regional de Medicina, sendo um órgão formado apenas por médicos, não parece ser o mais adequado para avaliar o cabimento da cessão de útero por pessoa externa à família dos cônjuges, sendo necessária, para tanto, a criação de comissão multidisciplinar. Ainda assim, trata-se de situação excepcional, somente cabível em circunstâncias atípicas, que justifiquem o risco dos problemas jurídicos que podem daí advir.

É necessário, também, que conste da futura lei a faculdade da gestante de decidir sobre os cuidados a serem adotados durante a gestação e sobre quaisquer problemas de saúde por ela sofridos, pois ela mantém intacto o poder de decisão sobre o próprio corpo e sobre a gestação.

A lei deve conter, ainda, dispositivo vedando, aos pais biológicos e interessados na cessão temporária de útero, a prática de qualquer ato de rejeição da criança. Tal dispositivo, ressalte-se, não deve conter nenhuma exceção, pois, no momento em que decidiram gerar um filho, ainda que por meio de fertilização *in vitro* seguida da cessão de útero, assumiram a responsabilidade perante a criança. Desse modo, a paternidade somente não lhes será atribuída se a gestante desistir de entregar-lhes a criança. Nas demais situações, sobretudo naquelas em que ela apresenta enfermidades congênitas graves, aos pais biológicos será atribuído o vínculo de parentalidade jurídica. Conforme salienta Pilar Nicolás Jiménez, as relações de filiação decorrentes da reprodução assistida são baseadas no princípio da voluntariedade de quem opta por assumi-las.⁷²⁴

Finalmente, em virtude do direito da pessoa gerada por essa técnica de conhecer sua origem, os dados sobre a cessão de útero, abrangendo as circunstâncias do procedimento, as informações da “mãe gestacional” e dos pais biológicos devem ser armazenados, nos mesmos termos já explicitados para a doação de gametas.

⁷²⁴ JIMÉNEZ, 2011, p. 213.

4. PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO GERADO *IN VITRO*

A reprodução assistida nos apresentou o embrião humano. Afirma Luc Rogiers que o embrião, antes impalpável e centro de um debate abstrato de especialistas, veio ao nosso encontro após a fertilização *in vitro*, interrogando a responsabilidade dos procriadores, dos legisladores e, sobretudo, dos pais.⁷²⁵

O embrião deixou o ambiente resguardado do ventre materno, tornando-se acessível ao conhecimento. O desvendar, em parte, do mistério do início da vida foi acompanhado pela possibilidade de manipulação desse processo e pela necessidade de reflexão sobre os direitos do ser humano em estágio embrionário.

A fertilização *in vitro*, talvez paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se propôs a gerar um filho para casais inférteis, tornou esse filho um “produto” da técnica. O novo ser, tratado a partir de termos médicos – mórula, blastocisto, embrião –, foi afastado, por uma linguagem técnica, da sua real natureza: um ser humano no início da sua existência. O acesso ao embrião humano, permitindo o conhecimento do início da vida, inesperadamente, prestou-se mais à desvalorização que ao respeito desse momento.

Narra Luc Rogiers que, na França, a denominação *bebé-éprouvette*, bebê de proveta, utilizada para denominar o embrião gerado por fertilização *in vitro*, é metáfora que associa uma representação sensível, que apela à responsabilidade – o bebê – a uma representação fria, próxima do admirável mundo novo de Huxley, e que evoca a experimentação – a proveta. Para o autor, esse contraste suscitou, de imediato, reações públicas de receio sobre o perigo a que está sujeito o ser vulnerável e, por meio dele, todo o gênero humano. Entretanto, o nascimento sadio dos primeiros “bebês de proveta” e as fotos de família dos casais inférteis com seus filhos emocionaram e legitimaram a prática.⁷²⁶

A utilização difundida da prática reforça a necessidade de se pensar no embrião e em sua proteção. Vislumbrá-lo como o estágio inicial de uma pessoa em desenvolvimento é imperioso para que se afaste a atual desconstrução da natureza humana embrionária, levada a efeito por cientistas ávidos pela possibilidade de instrumentalizá-lo e de manipulá-lo conforme os interesses da ciência. O embrião é o fim mais relevante da técnica e, para

⁷²⁵ ROGIERS, Luc. *La grossesse incertaine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 94.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 95.

seu respeito e proteção, devem trabalhar médicos, pais e juristas, pois o descaso com a vida humana embrionária é também o descaso com toda a humanidade.

4.1 Limites à manipulação e à instrumentalização

Houve, sem dúvida, um lapso temporal muito estreito entre o primeiro nascimento obtido a partir da fertilização *in vitro* e a disseminação dessa técnica por todo o mundo. Em poucos anos, era empregada em grandes proporções, enquanto bioeticistas e juristas ainda se esforçavam para compreendê-la e para refletir sobre os princípios éticos a ela aplicáveis.

Talvez em virtude da tecnicidade da reprodução assistida e desse curto espaço de tempo para uma reflexão humanista, foram assimilados, nas discussões éticas e jurídicas sobre a matéria, muitos termos próprios da medicina e que parecem coisificar as relações humanas envolvidas. O tratamento da futura mãe como receptora e do futuro filho como zigoto e embrião, além da utilização de termos como seleção, armazenamento, implantação, congelamento, afastam a compreensão humana do fenômeno, dificultando uma adequada reflexão ética e jurídica.

É preciso pensar a técnica do ponto de vista da ética. É, pois, preciso pensar a técnica como um meio que se destina a gerar a vida e não a prejudicá-la, a satisfazer o profundo anseio de maternidade e paternidade dos casais sem, no entanto, tornar o futuro filho um “objeto” de desejo. A reprodução assistida é lícita como procedimento médico apto a solucionar a infertilidade conjugal, possibilitando a geração de um novo ser. É, contudo, a esse novo ser que ela deve prestar o maior serviço, garantindo-lhe a vida e o desenvolvimento.

O embrião é um ser humano, ao qual o Direito reconhece um valor inerente, que fundamenta a proteção jurídica. Segundo Ramón Córdoba Palacio, a biologia nos ensina que o novo ser, chamado de zigoto, resultado da união de gametas humanos, se colocado em ambiente adequado e sem interrupção do seu desenvolvimento, resulta sempre um ser humano e nunca um membro de outra espécie. Para o autor, esse critério é utilizado mesmo por aqueles que, em determinadas circunstâncias, colocam-no em dúvida, pois, ao implantar um embrião no útero de uma mulher, os médicos sempre asseguram que estão

implantando um embrião de um ser humano, filho dela, e, jamais, perguntam-se em que espécie aquele embrião se transformará.⁷²⁷

A biologia nos ensina, também, segundo Córdoba Palacio, que essa nova realidade inicia-se por seu próprio impulso vital, com a divisão de células e a formação coordenada dos órgãos, de acordo com o programa inscrito em seu código genético. O desenvolvimento ocorre independentemente da intervenção direta da mãe, revelando que, desde a fecundação, existe uma realidade humana autônoma, um ser vivo em ato, não em potência, que orienta teleologicamente o próprio desenvolvimento.⁷²⁸

Para o autor, não há, pois, fundamento na defesa de que a vida inicia em momento posterior à concepção, pois ela é uma sucessão contínua de fenômenos fisiológicos e metabólicos, sem soluções de continuidade ou rupturas. A determinação de um marco para o início da vida responde, na verdade, a interesses particulares que desviam a atenção do problema de fundo.⁷²⁹ Vicent Bourguet, de modo semelhante, afirma que, a partir da penetração do espermatozoide no óvulo, tem-se “um indivíduo biológico que não existia anteriormente, um indivíduo dotado de um metabolismo próprio e de qualidades emergentes em relação aos gametas”⁷³⁰.

As diversas teorias sobre o início da pessoa humana, elencadas por Giovanni Cipriani⁷³¹ e tratadas no título II, não têm o condão de instituir dúvida fundada sobre a concepção como origem do ser humano. A embriologia e a genética revelam que, após a fecundação, há um novo ser, formado por uma constituição genética única, diferente dos pais, e que ele inicia um desenvolvimento contínuo, sem fragmentação, findando apenas com a morte. Após a união dos gametas e a formação do zigoto, salienta Böckenförde, o programa genético do desenvolvimento está pronto.⁷³²

Em razão da ausência de segmentação do desenvolvimento, não é possível estabelecer, sem incorrer em arbitrariedade, o momento em que tem início a pessoa. José de Oliveira Ascensão esclarece que não há distinção essencial entre homem e pessoa, mas apenas diversidade na posição do observador, de modo que, quando se fala em homem, trata-se da constituição biológica, e quando se fala em pessoa, trata-se da presença

⁷²⁷ PALACIO, Ramón Córdoba. Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida. *Persona y Bioética*, v. 11, n. 1, p. 54-63, 2007, p. 55.

⁷²⁸ Ibidem, p. 55-56.

⁷²⁹ Ibidem, p. 57.

⁷³⁰ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução de Nicolás Nymi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 37.

⁷³¹ CIPRIANI, 2007, p.36.

⁷³² BÖCKENFÖRDE, 2008, p. 67.

constitutiva do espírito naquele ser. É, no entanto, o mesmo ser que se constitui por corpo e espírito. Continua o autor afirmando que o genoma unifica o corpo e, a cada genoma humano, corresponde uma pessoa humana. A base, portanto, da proteção ao embrião é o reconhecimento de que se trata de uma nova vida humana, diferenciada, a quem devem ser reconhecidos fins próprios e o respeito desde o seu início.⁷³³

As constatações de que, desde a fecundação, existe um ser humano e de que a dignidade é um valor inerente à condição humana conduzem, de acordo com Silma Mendes Berti, à conclusão de que o ser resultante da fecundação é intrinsecamente digno. O embrião é, assim, titular de valor absoluto e, por isso, merecedor do mesmo respeito, por parte do Estado, da sociedade e do ordenamento jurídico, a que fazem jus os demais seres humanos.⁷³⁴

Reconhecer o embrião como um ser humano digno do mesmo valor e respeito significa que, aos olhos do Direito, ele é também digno de proteção jurídica. No processo de fecundação e de manipulação do embrião humano, cumpre, portanto, observar o dever não lhe causar dano e de respeitar-lhe a vida e a integridade física.

Ressalte-se que, conforme previsão constitucional, a vida humana é inviolável. Ao dispor sobre a inviolabilidade da vida, a Constituição de 1988 não fez restrição e, tampouco, menção às fases do desenvolvimento ali abrangidas. Considerou, apenas, que a vida humana tem um valor relevante para o ordenamento jurídico, não podendo ser suprimida. Da mesma maneira, o texto constitucional, ao tratar da dignidade da pessoa humana, não lhe restringiu a aplicação. A dignidade de todo ser humano e a vida são, pois, bens tutelados pelo ordenamento jurídico.

A vida tem um valor intrínseco que extrapola os âmbitos do Direito e cujo reconhecimento parte, inicialmente, de uma constatação intuitiva. Esse valor intrínseco é, para Dworkin, um pensamento compartilhado socialmente, centrado no fato de que a vida é valiosa pelo simples fato de sua existência.⁷³⁵

O direito à vida é, nas palavras de Massimo Vari, o primeiro dos direitos do homem⁷³⁶, sendo o pressuposto para o exercício de todos os demais direitos. Do

⁷³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103 p. 277 - 299 jan./dez. 2008.

⁷³⁴ BERTI, Silma Mendes. O nascituro e o direito à saúde. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 99, 2009, p. 195-196.

⁷³⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 96-99.

⁷³⁶ VARI, Massimo. O direito de nascer. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 173.

reconhecimento jurídico da dignidade e do valor de toda a vida humana, deflui que o direito à vida é inalienável, não podendo ser objeto de disposição pela comunidade política ou pelo próprio titular, e indisponível, cabendo ao Estado abster-se de fixar critérios sobre o começo da proteção à vida.⁷³⁷ Para Silma Berti, a preocupação com a preservação da vida do nascituro deve, em muitos casos, ser superior àquela em relação à vida dos demais seres humanos, eis que o nascituro encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade e dependência, estando seu desenvolvimento pouco exposto à sociedade.⁷³⁸

A vida do nascituro é resguardada, no direito brasileiro, não apenas no texto constitucional, mas também no art. 2º do Código Civil, que lhe põe a salvo os direitos desde a concepção, e no art. 124 do Código Penal, que tipifica o crime de aborto. Cite-se, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, que dispõe, no art. 4º, sobre o direito de toda pessoa a que se respeite sua vida, o qual deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção.⁷³⁹ A Convenção sobre os Direitos da Criança, também ratificada pelo Brasil, reconhece, no preâmbulo, a necessidade de proteção e de cuidados à criança, os quais devem ocorrer antes e depois do nascimento.⁷⁴⁰

Do cotejo entre o reconhecimento de que o embrião é dotado de dignidade e tem, ao menos, o direito à vida e da conclusão a que se chegou no título anterior de que a técnica é lícita apenas quando utilizada a serviço do homem, extraem-se algumas conclusões sobre o tratamento que deve ser conferido ao embrião concebido em laboratório.

Em primeiro lugar, o embrião humano, sendo um fim em si mesmo, não pode ser gerado para fim diverso da procriação. A criação de embriões com o propósito de submetê-los à pesquisa científica é proibida nas declarações de direitos que tratam da bioética e também o foi na Resolução nº 2.121/2015, cujo item 6 do Capítulo I dispõe ser vedada a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

⁷³⁷ SENRA, Pedro. El derecho a la vida en el horizonte cultural de comienzos de siglo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 210-211.

⁷³⁸ BERTI, 2009, p. 195-196.

⁷³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 20 de abril de 2016.

⁷⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da criança. Assembleia Geral das Nações Unidas, 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 20 de abril de 2016.

Os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015 também vedam no capítulo II, art. 6, I e III, a fecundação de óocitos humanos com finalidade diversa da procriação ou para investigação de qualquer natureza. Tal impedimento é adequado à tutela conferida pelo ordenamento jurídico ao embrião, eis que a geração para fins de pesquisa científica, seleção ou outra finalidade que se distancie da proposta de auxiliar a reprodução torna-o mero instrumento, violando-lhe a dignidade. Lembre-se de que a licitude da reprodução assistida está atrelada à finalidade de proporcionar a geração de filhos por casais que não conseguem fazê-lo por vias naturais. O uso da técnica para a geração de embriões para a pesquisa ou a seleção furta-se a tal propósito, eivando de ilicitude o procedimento.

Em segundo lugar, a proteção da vida humana, desde a concepção, impede que o embrião seja descartado⁷⁴¹. A intenção de “descartá-los” surgiu a partir do número de embriões gerados e não implantados, aos quais se atribui a denominação de supranumerários. O expressivo número de embriões submetidos a congelamento e armazenados nas clínicas de reprodução assistida tornou-se um problema para o qual a solução pensada foi o descarte.

Tal solução, evidentemente, não pode ser acolhida por um ordenamento jurídico fundado na dignidade da pessoa humana e na inviolabilidade da vida. A geração de embriões supranumerários é, em si, conduta que viola os direitos do embrião, fadado ao congelamento por tempo indefinido. A proposta de descarte desses embriões parte de uma completa desconsideração de sua humanidade e de seus direitos.

O impedimento a que a vida humana se desenvolva, mediante a supressão das condições necessárias para que ela exista é um ato contra a vida, porque, a controvérsia sobre a titularidade de direitos pelo nascituro não afasta a certeza de que ali existe vida humana. A carência de lei reprimindo a conduta questionada não tem o condão de tornar lícitos os atos danosos sobre o embrião humano. Uma aplicação das tecnologias reprodutivas pautada pela ética prescinde da proibição jurídica para constatar o dever de resguardo da vida humana embrionária.

Embora a Resolução nº 2.121/2015 faça referência à possibilidade de descarte dos embriões criopreservados após cinco anos, os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015, embasados no reconhecimento do devido respeito à vida desses embriões, vedam, no art. 33 do capítulo VI, tal prática.

⁷⁴¹ Registre-se que o uso da terminologia “descarte de embriões” é inadequada e parece desconsiderar a vida humana ali existente, pois refere-se ao embrião como uma coisa, visto que não se fala em descartar uma pessoa já nascida, mas em matá-la.

Como decorrência da proteção à vida, também se revela prática ilícita a implantação de numerosos embriões no útero da mãe. Apesar do avanço médico alcançado com a reprodução assistida, a técnica apresenta, ainda, baixo índice de sucesso. Nas condições ideais de geração de uma criança pela técnica, em que seria gerado e implantado apenas um embrião no útero da mulher, as chances de uma gravidez seriam tão baixas que poderiam inviabilizar o emprego da reprodução assistida. Desse modo, em virtude da ineficiência da técnica, pensou-se em métodos para majorar as chances de uma gestação.

Entre os métodos aplicados, está a implantação de um número de embriões superior ao desejado, a fim de maximizar as chances de que, ao menos um deles, consiga fixar-se no endométrio. No entanto, tal prática tem sido responsável por um alto número de gestações múltiplas decorrentes do emprego da reprodução assistida.

A gestação múltipla é considerada de risco pela literatura médica. Antônio Carlos Vieira Cabral salienta ser ela responsável por uma elevada taxa de morbinatalidade perinatal, com risco cinco vezes mais elevado do que na gestação única. As gestações múltiplas, de acordo com o autor, são causa de 12% da mortalidade pouco antes ou logo após o nascimento, de 10% dos nascimentos prematuros, de duas vezes mais abortos, da ocorrência de malformações no feto e do aumento da morbidade materna, em razão de diversas possíveis complicações.⁷⁴²

A incidência frequente de gestações múltiplas e os riscos que ela apresenta para a gestante e para a vida e a integridade física dos embriões motivou um controle sobre o número de embriões a serem implantados no útero materno, que foi inserido nas normas éticas do Conselho Federal de Medicina. A Resolução nº 1.358/92 do Conselho, a primeira a tratar sobre reprodução assistida, limitava a quatro o número de embriões a serem implantados. Essa norma foi, no entanto, modificada pela Resolução nº 1.957/2010 que recomendou a implantação de até dois embriões em mulheres com até 35 anos; de até três embriões em mulheres de 36 a 39 anos e de até quatro embriões em mulheres com 40 anos ou mais. A norma foi repetida na Resolução nº 2.121/2015, atualmente em vigor, e visa a evitar gestações múltiplas. Os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015 adotam os mesmos limites impostos na referida resolução.

Com fundamento no princípio responsabilidade, a implantação de numerosos embriões deve ser vedada em uma futura lei pelos riscos gerados aos direitos da gestante e do embrião e por violar o dever de não causar dano, a ser observado no uso das técnicas

⁷⁴² CABRAL, Antônio Carlos Vieira. *Obstetrícia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revinter, 2002, p. 225-226.

médicas, conforme já mencionado no presente trabalho. O número de embriões cuja implantação é permitida deve, pois, ser restringido a limite seguro à saúde dos destinatários do procedimento.

A implantação de numerosos embriões no útero enseja ainda, com frequência, outra prática mais condenável: a redução embrionária. Em razão dos riscos de uma gestação múltipla, que ocorre quando um número maior de embriões logra êxito na nidadação, alguns médicos propõem-se a fazer a chamada redução embrionária, prática por meio da qual um ou mais embriões são suprimidos, a fim de restar uma gestação única. Essa conduta é vedada pelo Conselho Federal de Medicina desde a primeira norma criada para regulamentar o emprego da reprodução assistida, a Resolução nº 1.358/92, e continua sendo na Resolução nº 2.121/2015. Os Projetos de lei mencionados dispõem, no capítulo II, que trata das práticas vedadas aos médicos, sobre a proibição da redução embrionária em caso de gravidez múltipla. A citada prática, incidindo sobre embrião já implantado no útero materno configura a conduta tipificada como aborto no Código Penal.

Ressalte-se, finalmente, que as condutas de manipulação do embrião devem restringir-se àquelas indispensáveis à sua concepção e à implantação no útero materno, a fim de minimizar os riscos a que ele está sujeito. O embrião é um paciente vulnerável, incumbindo aos médicos o dever de intervir sobre ele da forma menos gravosa possível e apenas se indispensável à sua integridade. Ele não é coisa; é ser humano, e como tal deve ser tratado.

A atuação dos médicos no emprego da reprodução assistida não deve ser vista como uma prática laboratorial, mas sim como uma prática clínica, de tratamento dos futuros pais e do embrião humano, cuja vida têm o dever de resguardar e salvar como a de qualquer outro ser humano. É hora de um acordar humanista dos médicos para a real percepção da reprodução assistida como técnica de geração da vida, motivada e legitimada pelo amor de pessoas que desejam um complemento à própria existência, gerando um filho.

Sob tal perspectiva, vislumbra-se o embrião como o paciente mais novo, mais vulnerável e mais necessitado da habilidade médica. É ele pessoa humana a ser, cuidadosamente, concebido pelas mãos de quem se sub-roga na função da natureza e que deve, com responsabilidade e ética, fazer da reprodução em laboratório um meio para o nascimento de uma nova vida.

4.2 Embriões supranumerários e o direito ao livre desenvolvimento

Em razão da eficácia da técnica e da sua utilização, com frequência, por mulheres em idade avançada, dificultando a concretização da gravidez, instituiu-se a prática da geração de tantos embriões quantos forem possíveis com os gametas obtidos do casal. A conduta tem duas finalidades precípua: possibilitar a implantação de mais embriões, observado o limite imposto pelas normas do Conselho Federal de Medicina, e facilitar, em caso de insucesso da gravidez, uma nova tentativa. Os embriões gerados e não implantados são submetidos à criopreservação.

Desde a primeira gestação levada a efeito com embriões descongelados, em 1983, a maioria dos centros de reprodução assistida, segundo Cláudia Rocha Chagas, têm utilizado a criobiologia para aumentar a chance de gravidez com a realização de apenas um ciclo de estimulação ovariana. A criopreservação de embriões destina-se ao armazenamento de embriões supranumerários obtidos pelas técnicas de reprodução assistida.⁷⁴³

No entanto, essa prática gera um grande número de embriões que permanecem nas clínicas de reprodução assistida sem perspectiva de implantação e, o que parece ainda pior, fomenta discursos de descarte ou de destinação deles para a pesquisa científica. No título I deste trabalho, fez-se referência ao 8º Relatório do SisEmbrio, da Anvisa, relativo ao ano de 2014, do qual consta um total de 47.812 (quarenta e sete mil oitocentos e doze) embriões congelados. O número, que cresce exponencialmente a cada ano, revela a gravidade do problema.

Aos embriões gerados e não implantados atribuíram-se os nomes de supranumerários ou excedentários. As terminologias não são adequadas por transparecerem a ideia de que se trata de embriões a mais, que sobraram, revelando um possível desvalor deles.

A prática da geração de um número superior àquele que será implantado ofende a dignidade da pessoa humana e desrespeita o direito desses embriões ao livre desenvolvimento. A dignidade resta violada em virtude da transformação desses seres humanos em estágio embrionário em meio para alcançar o fim da gestação. Assim, para que se obtenha êxito no emprego da técnica, desconsidera-se que todo ser humano tem

⁷⁴³ ROCHA, Cláudia Chagas. Criopreservação de gametas e embriões. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 374.

direito de ser tratado como um fim em si mesmo e de não ter seu desenvolvimento obstaculizado por forças externas.

Nos termos do Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de Portugal, que precedeu a elaboração da Lei nº 32/2006, “todo o embrião humano tem direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar do princípio universal de que todo o existente requer existir”. Consta do referido parecer, à luz da principiologia citada, a necessidade de que seja impedida a produção de um número de embriões superior àquele previsto para a transferência, em atenção ao princípio do respeito pela vida humana.⁷⁴⁴ Entretanto, a Lei portuguesa nº 32/2006, no art. 25, não estabeleceu restrições à criopreservação dos embriões não transferidos e dispôs que a não “utilização” deles em três anos possibilita sua doação a outro casal ou a destinação para a pesquisa científica. Disposição semelhante está contida na Lei espanhola nº 14/2006.

O tratamento dado à questão pela Lei italiana nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, parece, no entanto, mais adequado. Prevê a citada norma que seja gerado apenas o número de embriões necessário à implantação, cujo limite estabelece como três. Além disso, veda a criopreservação dos embriões, admitida, em caráter excepcional e pelo mínimo de tempo possível, somente quando a imediata implantação dos embriões torna-se contraindicada por causa de força maior comprovada.

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina admite, no capítulo V, a criopreservação dos embriões gerados e não transferidos a fresco para o útero materno. Dispõe, também, sobre a possibilidade de descarte dos embriões criopreservados há mais de cinco anos, caso seja a vontade dos genitores. Ressalte-se que o descarte de embriões, como já salientado, não é lícito por violar a dignidade humana e o direito à vida.

Os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015 tratam da matéria de forma mais adequada aos princípios existentes no ordenamento jurídico e às premissas tratadas no título II. Estabelecem, no art. 28 do capítulo VI, a vedação a que sejam gerados embriões supranumerários, definidos no texto dos projetos de lei como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher. A criopreservação é permitida em caráter excepcional e apenas quando, após gerados os embriões observados os limites impostos no art. 28, seja recomendada, por razões de ordem médica, a não transferência imediata para a receptora.

⁷⁴⁴ PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 44. Julho de 2004. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

O disposto nos referidos projetos de lei é adequado à proteção do embrião humano. Lembre-se de que, como decorrência do direito à vida, ao qual o embrião faz jus nos termos já elucidados, tem ele o direito de não ter o seu desenvolvimento impedido. De nada adianta garantir-lhe o direito à vida, mas permitir o congelamento desses embriões por tempo suficiente para que não seja mais seguro ou recomendado sua implantação no útero. Trata-se, pois, de uma forma prolongada de supressão da vida.

O direito à vida não se refere apenas ao direito de estar vivo, mas abrange também a pretensão de usufruir da vida, condição que é negada aos embriões mantidos congelados nas clínicas de reprodução assistida. O tratamento dado a esses seres humanos em estágio embrionário não encontra amparo legal, pois a todo ser humano é reconhecido o direito de desenvolver-se livremente.

A manutenção de milhares de embriões na situação narrada é, ainda, uma forma de instrumentalização que lhes ofende a dignidade, pois foram gerados apenas para garantir o sucesso da técnica que, uma vez alcançado, torna-os esquecidos nos equipamentos gélidos e desumanos das clínicas de reprodução assistida, muito diferentes do aquecido e acolhedor útero materno, no qual deveriam estar guardados.

Enquanto o Brasil permanece carente de normas jurídicas específicas sobre a reprodução assistida, a prática médica de geração de numerosos embriões continua sendo livremente empregada. Ressalte-se que a restrição da geração de embriões ao número que será implantado, conforme redação dos projetos de lei mencionados, em nada prejudica a técnica, pois os gametas excedentes podem ser criopreservados separadamente, sem suscitar qualquer problema ético.

No entanto, na pendência da escassez legislativa, embriões supranumerários continuam a ser gerados, abarrotando os Bancos de Tecidos e Células Germinativas e alcançando o lapso temporal máximo considerado seguro para a implantação no útero materno. Assim, a despeito do possível futuro tratamento da matéria, conforme dispõem os Projetos de lei nº 4892/2012 e 115/2015, reduzindo-se o cabimento da criopreservação, por enquanto o destino dos embriões excedentários demanda regulação.

De acordo com os aludidos projetos de lei, no momento da criopreservação dos embriões que não forem implantados, a pessoa beneficiada pela reprodução assistida deve, juntamente com seu cônjuge ou companheiro, expressar a vontade quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de rompimento da relação, doença grave, falecimento ou desistência do tratamento. Os destinos a que se referem os referidos

projetos são, nos termos do art. 32 do capítulo VI, a entrega para a adoção ou o envio para a pesquisa científica.

O procedimento de destinação dos embriões para a adoção não será objeto de tratamento neste trabalho por se tratar de questão afeta ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao direito de família, fugindo ao tema proposto. Registre-se, brevemente, no entanto, que a adoção é um destino apropriado à preservação da vida do embrião, estando, pois, amparada no ordenamento jurídico.

No que concerne à destinação para a pesquisa, cumpre lembrar que a descoberta do potencial das chamadas células-tronco embrionárias impulsionou os interesses científicos na investigação em embriões humanos. A potencialidade das referidas células para transformar-se em tecidos e órgãos diversos permitiu, aos cientistas, anteverem a possibilidade de cura de doenças degenerativas entre outras enfermidades.

No intuito de afastar os obstáculos legais à pesquisa sobre o embrião humano, foi proposta a terminologia “pré-embrião” para definir as fases iniciais desenvolvimento embrionário, no qual não haveria pessoa humana a ser protegida. A palavra pré-embrião, de acordo com a Baronesa Warnock, foi proposta para designar o embrião em seus estágios iniciais, como zigoto unicelular, que se forma imediatamente após a fertilização, e como blastocisto, bola oca de células preenchida por fluido que se desenvolve a partir do zigoto e precede a formação da mórula. Durante esse período, as células que formam o embrião são totipotentes ou pluripotentes, isto é, podem se tornar qualquer órgão ou tecido humano.⁷⁴⁵

De acordo com a autora, no relatório do Comitê de Investigação do Governo do Reino Unido, presidido por ela, que culminou na elaboração da Lei de Fertilização Humana e Embriologia de 1990, não foi utilizado o termo pré-embrião para evitar as objeções daqueles que defendem que a vida começa no momento da fertilização e que tal diferenciação não seria cabível, pois o zigoto é tão ser humano quanto o embrião depois do surgimento da mórula. Assim, optou-se por utilizar o termo embrião, mas com a ressalva de que a pesquisa científica deveria ser permitida sobre ele até que contasse com 14 dias da fertilização.⁷⁴⁶

A terminologia proposta não tem o condão de afastar a natureza humana do embrião, pois, como elucidada Genival Veloso de França, não é a quantidade de células que

⁷⁴⁵ WARNOCK, Baronesa. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 157.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 158-159.

define o ser humano, mas seu valor.⁷⁴⁷ Entre o 13º e o 15º dias do desenvolvimento embrionário, não há nenhuma modificação substancial ou ruptura identificável que justifique a referida diferenciação. Cuida-se, portanto, de definição arbitrariamente criada para atender aos anseios de intervenção investigativa sobre o embrião humano.

A despeito do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3510 sobre a possibilidade de uso de embriões em pesquisas científicas, a geração de embriões para esse fim deve ser vedada e destinação dos embriões supranumerários para a pesquisa deve ocorrer apenas em casos excepcionais, visto que tal conduta é, em qualquer hipótese, ofensiva à vida e à dignidade do novo ser. Lembram Roxanne Mykitiuk e Jeff Nisker que, embora em muitos países, como na França e na Alemanha, seja vedada a geração de embriões exclusivamente para a pesquisa, no Reino Unido, esse propósito é permitido pelo *Human Fertilization and Embryology Act*, desde que haja consentimento e licença para isso. Em alguns dos países que vedam essa prática, no entanto, é permitida a utilização para a pesquisa de embriões gerados para fins reprodutivos, mas não mais desejados para isso.⁷⁴⁸

Tal destinação, considerada lícita pelo Supremo Tribunal Federal, instrumentaliza o embrião, tornando-o “objeto” de manipulação da técnica e, com isso, desvirtuando o propósito da pesquisa que atender ao bem-estar humano. Cumpre salientar que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada na 29ª Conferência Geral da Unesco, realizada em 1997, estabelece, no art. 5º, “e”, que, se o indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento para a pesquisa científica envolvendo seu genoma, essa somente poderá ser realizada para benefício direto à sua saúde e, caso não haja benefício direto, ela poderá ser efetuada em caráter excepcional e com restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incômodos mínimos e apenas se a pesquisa visar contribuir para a saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética.

O disposto na referida declaração não é observado em relação aos embriões humanos. As legislações portuguesa, espanhola e francesa admitem sua destinação para a pesquisa científica, tal como a brasileira. Mais uma vez, para o desenvolvimento da ciência, considera-se cabível a supressão da vida humana em descompasso ao que nos diz a dignidade humana.

⁷⁴⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 321.

⁷⁴⁸ MYKITIUK, Roxanne; NISKER, Jeff. Assisted reproduction. In: SINGER, Peter A.; VIENS, A. M. (org.). *The Cambridge Textbook of Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116.

5. SELEÇÃO EMBRIONÁRIA E EUGENIA

A descoberta do ácido desoxirribonucleico – DNA – deu início a uma sucessão de descobertas sobre a constituição genética do ser humano, possibilitando que, ao lado da genética, até então estudada como a herança hereditária de características físicas, fosse criada a engenharia genética, com a pretensão de intervir sobre a matriz biológica do indivíduo.

O DNA, formado por duas cadeias de nucleotídeos, entrelaçadas em uma dupla hélice, tem como função codificar as proteínas celulares responsáveis pelas características físicas e pelo funcionamento do corpo humano. As moléculas de DNA organizam-se em estruturas chamadas genes que, por sua vez, agrupam-se em cromossomos. Os seres humanos apresentam 46 cromossomos, divididos em 22 pares autossômicos e dois cromossomos sexuais, sendo um de cada par de origem materna e o outro de origem paterna.⁷⁴⁹

O genoma humano é formado por três bilhões de pares de bases de DNA, contendo cada cromossomo entre setenta e cem mil genes. O conteúdo de um gene é determinado pela ordem das quatro bases, ademina, timina, guamina e citosina, na fita de DNA. Para o mapeamento de todos os genes humanos e dos respectivos sequenciamentos foi proposto um projeto internacional, envolvendo diversos países, o Projeto Genoma Humano, concluído em 2003.⁷⁵⁰

O estudo do genoma humano e o desenvolvimento da engenharia genética contribuíram para a possibilidade, hoje real, de identificação das características e propensões do indivíduo a partir da análise do seu material genético. Entre as pretensões de longo prazo da ciência, está o êxito na modificação do código genético individual, para suprimir genes responsáveis por causar doenças hereditárias e inserir genes responsáveis por características desejadas como a inteligência.

⁷⁴⁹ FONSECA, Simone Aparecida Siqueira da; SERAFIM, Rui Cosme. Diagnóstico das anormalidades genéticas masculinas e femininas em reprodução assistida – PGD e avaliação dos espermatozoides. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 220-221.

⁷⁵⁰ PENA, Sérgio Danilo J.; AZEVÊDO, Eliane S. O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998, p.139.

A genética assume hoje, conforme ensinam Antônio Moser e André Soares, o papel simultâneo de fada benfazeja e de bruxa, repousando sobre ela fundadas esperanças de melhoria das condições de saúde e de vida, mas, ao mesmo tempo, criando riscos de proporções desconhecidas.⁷⁵¹ Ela propõe-se a tratar doenças antes mesmo que se manifestem, por meio da manipulação do genoma humano. No entanto, como a capacidade preditiva, já possível em muitas situações, antecedeu a capacidade curativa, a genética tem sido utilizada não tanto para a cura quanto para a seleção dos embriões mais aptos.

O diagnóstico pré-implantacional é o reflexo dessa constatação. Os meios científicos disponíveis permitem identificar, no material genético do embrião, a presença de genes responsáveis por doenças genéticas. Entretanto, o estado atual da técnica não possibilita o tratamento de tais doenças no estágio em que o embrião se encontra, motivando, assim, a decisão de gerar mais embriões do que o necessário à implantação e eliminar os portadores de doenças congênitas.

A prática é eivada de questões éticas e posta em discussão em virtude da natureza eugênica e por retomar antigos anseios de dificultar o nascimento de crianças portadoras de características indesejáveis. Além dessa aplicação, observa-se a possibilidade de uso da técnica para selecionar embriões portadores de características desejáveis pelos pais. Lembrem Mackellar e Bechtel que estratégias de seleção e decisões destinadas a afetar a herança genética de uma criança, de uma comunidade ou da humanidade sempre representaram um desafio do ponto de vista ético.⁷⁵² Sob as vestes da promessa de cura de doenças, está o diagnóstico pré-implantacional ressuscitando o fantasma da eugenia?

5.1 Diagnóstico pré-implantacional e seleção embrionária

O diagnóstico pré-implantacional é definido pelo Comitê Internacional para Monitoramento da Reprodução Medicamente Assistida da Organização Mundial de Saúde como a “análise de corpúsculos polares, blastômeros, ou trofotoderma de oócitos, zigotos ou embriões para a detecção específica de alterações genéticas, estruturais, e/ou cromossômicas”.⁷⁵³

⁷⁵¹ MOSER; SOARES, 2006, p.70.

⁷⁵² MACKELLAR, Calum; BECHTEL, Christopher. *The ethics of the new Eugenics*. New York: Oxford, Berghahn, 2014, p.1.

⁷⁵³ No original: “analysis of polar bodies, blastomeres, or trophectoderm from oocytes, zygotes, or embryos for the detection of specific genetic, structural, and/or chromosomal alterations”. ZEGERS-HOCHSCHILD et al. *Glossary of ART Terminology*. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive

O procedimento pode ser realizado por método não invasivo, com a cultura dos blastocistos em meio artificial, do qual é possível extrair dados referentes aos processos metabólicos do embrião, ou por método invasivo, que consiste na extração de uma parte de tecido do embrião.⁷⁵⁴ Na prática clínica, consiste na biópsia de células de embriões no estágio de quatro a oito células, submetidas à análise genética.⁷⁵⁵

Trata-se de procedimento médico realizado sobre o embrião, antes da implantação no útero materno, com o escopo de identificar doenças genéticas de que ele poderá ser portador. A finalidade precípua do diagnóstico pré-implantacional é permitir a identificação dos genes responsáveis por doenças genéticas graves, possibilitando a exclusão de embriões portadores de tais genes. Sobre o procedimento, adverte Débora Gozzo que, sendo o embrião analisado portador de gene que possa lhe causar uma enfermidade ou deficiência, a tendência é que ele seja descartado pelos futuros pais, que buscam um filho livre de imperfeições genéticas.⁷⁵⁶

O diagnóstico pré-implantatário distingue-se do diagnóstico pré-natal. Enquanto o primeiro é realizado sobre o embrião antes de ser implantado no útero, restringindo-se, pois, às hipóteses de uso da reprodução assistida, o segundo é realizado sobre o feto em desenvolvimento no ventre materno. Embora o primeiro pareça a muitos estudiosos menos maléfico⁷⁵⁷, eis que realizado antes da implantação do embrião no útero, ambos apresentam consequências semelhantes no que concerne à interrupção da vida humana embrionária ou fetal.

Uma primeira questão suscitada pelo diagnóstico pré-implantacional é, para Sérgio Grigoletto, a da intromissão no patrimônio genético do embrião, violando-lhe a intimidade. O diagnóstico permite descobrir a presença de genes responsáveis por doenças não letais ou com manifestação tardia, possibilitando o conhecimento por outras pessoas de limitações ou propensões físicas do indivíduo que, possivelmente, ele preferiria não saber

Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009. *Fertility and Sterility*. v. 92, n. 5, november 2009.

⁷⁵⁴ SGRECCIA, 2009, p. 346.

⁷⁵⁵ MILLIEZ, Jacques. *L'euthanasie du foetus: médecine ou eugénisme?* Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p.137-138.

⁷⁵⁶ GOZZO, 2009, p. 397.

⁷⁵⁷ Cf. MILLIEZ, op. cit.

ou não compartilhar. O autor menciona, ainda, o risco futuro de discriminação após o nascimento e na vida adulta, nos âmbitos profissional, familiar e sanitário.⁷⁵⁸

O sigilo sobre os dados médicos integra o direito à intimidade. Se existe o direito a que não sejam revelados a terceiros informações médicas que lhe digam respeito, com muito mais razão esse direito pode ser exercido no que concerne às informações genéticas. Entretanto, com o diagnóstico pré-implantacional, tais informações são devassadas à procura de doenças genéticas presentes ou futuras e permanecerão nos registros do paciente.

Além da indevida violação à intimidade genética do indivíduo, o diagnóstico pré-implantacional não é procedimento realizado para simples conhecimento da formação genética do embrião, nem tampouco com o escopo de propiciar-lhe tratamento. A intervenção sobre o patrimônio genético do embrião com finalidades terapêuticas é, ainda, inviável, sendo o diagnóstico pré-implantacional apenas uma forma de identificar e excluir os embriões que não apresentem padrões esperados ou de selecionar aqueles que atendam aos critérios de saúde desejados pelos pais e pelos médicos.

O diagnóstico pré-implantacional foi utilizado para a seleção embrionária, inicialmente, em 1990, em Londres, pela equipe de Andrew Handyside, para excluir a transferência de embriões masculinos quando a mãe era portadora de doença apta a afetar apenas os descendentes do sexo masculino.⁷⁵⁹ Com a evolução da genética, foi possível a identificação e “prevenção”, por meio do procedimento, de ocorrência de doenças hereditárias graves como a fibrose cística, a anemia falciforme e a síndrome de Tay Sachs, além de anormalidades cromossômicas causadoras de deficiências, como a síndrome de Down. É utilizado por casais com alta probabilidade de transmissão de doenças hereditárias à sua descendência e comumente empregado nos procedimentos de fertilização *in vitro* realizados em mulheres com mais de 35 anos, devido à maior propensão a gerar embriões com anormalidades cromossômicas.⁷⁶⁰ De acordo com Jacques Milliez, alguns centros de procriação medicamente assistida realizam o diagnóstico pré-implantacional em todos os embriões gerados com óvulos de mulheres com mais de trinta e cinco anos para

⁷⁵⁸ GRIGOLETO, Sérgio. Planejamento familiar e diagnose pré-natal de doenças genéticas e malformações congênitas. In: SANCHES, Mário Antônio (org.). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 155-156.

⁷⁵⁹ ANDORNO, Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia: la seleccion de embriones *in vitro*. *Revista Chilena de Derecho*, v. 21, n. 2, p. 321-328, 1994, p. 322.

⁷⁶⁰ BARUCH, Susannah. Preimplantation genetic diagnosis and parental preferences: beyond deadly disease. *Houston Journal of Health Law & Policy*, v. 2, n. 14, p. 245-270, 2009, p. 248.

investigação da existência da Trissomia do cromossomo 21, causadora da Síndrome de Down.⁷⁶¹

O uso do procedimento para a seleção de embriões é aceito em muitas legislações sobre a reprodução assistida. A Lei nº 32/2006, de Portugal, dispõe, nos arts. 28 e 29, sobre o diagnóstico genético pré-implantacional, destinado a pessoas provenientes de famílias com alterações genéticas que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão aos descendentes. Nos termos da lei, tal procedimento pode ser utilizado, objetivando: a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher; a seleção do sexo do bebê quanto haja risco elevado de doenças genéticas ligadas ao sexo ou a seleção de embrião de grupo HLA compatível para tratamento de doença grave de outra pessoa.

A Lei espanhola nº 14/2006 também faculta, no art. 12, a realização do diagnóstico pré-implantacional com a finalidade de detectar enfermidades hereditárias graves, de aparição precoce e não suscetíveis de tratamento no estado atual do conhecimento científico, ou outras alterações que possam comprometer o desenvolvimento e selecionar embriões não portadores. A utilização do diagnóstico pré-implantacional para outras finalidades depende de autorização expressa da autoridade sanitária correspondente.

Na legislação francesa, o *Code de la Santé Publique*, no art. L2131-4, permite o diagnóstico pré-implantacional quando for atestado por um médico que o casal tem forte probabilidade de gerar uma criança portadora de doença genética grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico. De acordo com a lei, caso seja diagnosticada uma anomalia responsável por causar enfermidade genética nos termos explicitados, o casal pode consentir em doar o embrião portador para a pesquisa científica.

No Brasil, a Resolução nº 2.121/2015, mantendo disposições das normas anteriores, admite a realização do referido diagnóstico para identificar alterações genéticas causadoras de doenças e selecionar os embriões. O recurso é permitido, também, para a seleção de embriões HLA-compatíveis com outro filho do casal, afetado pela doença, para tratamento com transplante de células-tronco. Nos Projetos de Lei nº 4892/2012 e 115/2015, o procedimento foi previsto para a detecção de doenças hereditárias graves, a fim de tratá-las ou de impedir-lhes a transmissão.

Apesar de permitido pelas legislações estrangeiras citadas, o diagnóstico pré-implantacional é procedimento ético questionável, cuja finalidade não é o tratamento do

⁷⁶¹ MILLIEZ, 1999, p. 139.

embrião, ao menos não no estado atual da técnica. Pretende-se, por meio dele, selecionar e excluir da possibilidade de implantação os embriões portadores de determinadas conformações genéticas. Não se trata, pois, de prevenir o surgimento de doenças congênitas, mas sim de prevenir o nascimento de crianças portadoras de tais enfermidades.

Propaga-se, na doutrina, o benefício diagnóstico pré-implantacional em relação ao diagnóstico pré-natal, eis que, identificada uma moléstia genética, no primeiro caso, eliminar-se-ia um embrião antes da implantação, ao passo que, no segundo, far-se-ia um aborto. Para Elio Sgreccia, no entanto, a seleção de um embrião em estágio precoce é tão grave quanto o aborto, pois em ambos os casos há interrupção da vida, inexistindo diferença substancial quanto ao efeito real ou ao juízo ético da conduta.⁷⁶²

A reflexão ética sobre o uso do diagnóstico pré-implantacional tangencia o valor da vida humana embrionária e a possibilidade de seleção de seres humanos em razão de suas características genéticas. A reprodução assistida deixa, assim, de ser um meio para gerar filhos a quem não os pode ter naturalmente, para se tornar um instrumento de geração de crianças “de boa qualidade”, que satisfaçam os desejos dos pais.⁷⁶³ Inicia-se, pois, uma nova estratégia, não mais centrada na falta de crianças, mas agora visando à criança ideal, transformando a procriação aleatória, segundo Testart, em procriação dirigida pela seleção.⁷⁶⁴ O que se vislumbra no horizonte do direito à saúde é o direito à qualidade e à “normalidade”.⁷⁶⁵

O escopo de identificação e seleção de embriões não portadores de genes suscetíveis de causar doenças genéticas encontra obstáculos éticos intransponíveis. Inicialmente, a técnica desconsidera quaisquer direitos do embrião e considera-o meio para a satisfação do desejo dos pais de ter um filho sem deficiência. Nas clínicas de reprodução assistida, o tratamento da infertilidade cede lugar ao “controle de qualidade” dos embriões implantados, propósito seguramente distinto daquele de geração de um filho.

No discurso médico favorável ao emprego do diagnóstico pré-implantacional, observa-se um possível desvalor da vida com deficiência, considerada um mal a ser evitado. Conforme questiona Roberto Andorno, “a eliminação de embriões “não conforme à regra” não conduz disfarçadamente a um desprezo aos adultos portadores do mesmo

⁷⁶² SGRECCIA, 2009, p. 347.

⁷⁶³ ANDORNO, 1994, p.321.

⁷⁶⁴ TESTART, Jacques. *Homens Prováveis: da procriação aleatória à reprodução normativa*. Tradução de Nuno Romano. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 149.

⁷⁶⁵ GAVARINI, Laurence. Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers un eugénisme discret. In: TESTART, Jacques. *Le magasin des enfants*. Paris: Éditions François Bourin, 1990, 163.

problema?”⁷⁶⁶. Afirmar que um embrião portador de uma doença genética não deve nascer não seria uma conduta discriminatória em face da deficiência?

Sob esse viés, o diagnóstico pré-implantacional é apresentado como uma medida preventiva de doenças genéticas, falácia que ignora a violação à vida dos embriões “descartados” por não se conformarem ao padrão de “saúde” ditado naquele momento. A necessidade de determinar quais doenças ou deficiências podem ensejar a exclusão dos embriões confere aos médicos e pais um poder de decisão sobre as características físicas que devem ser eliminadas. Tal poder é especialmente problemático em virtude da natureza social e temporal dos conceitos de saúde e de doença, que são, em essência, mutáveis.

Anne Dusart, tratando do diagnóstico pré-natal, chama a atenção, ainda, para a natureza eugênica do procedimento. Embora não se trate de um projeto imposto pelo Estado de forma autoritária, há, para ela, uma eugenia de fato, produzida individualmente pela cumplicidade entre pais e médicos. Apesar de ausente o propósito de melhorar a raça ou o patrimônio genético dos indivíduos globalmente considerados, o propósito de aliviar a dor dos pais que têm filhos deficientes transformou a técnica em uma forma de prevenção à deficiência⁷⁶⁷.

Observa Habermas que, no uso do diagnóstico pré-implantacional, há um conflito entre a vida do embrião e a vontade dos pais de ter um filho que corresponda a padrões de saúde por eles determinado. Distingue o autor, no entanto, a situação da mulher que, diante de uma gravidez indesejada, opta pelo aborto e a situação em que o diagnóstico pré-implantacional é realizado. Para ele, a segunda situação é ainda mais reprovável, pois não haveria um imprevisto e sim uma decisão deliberada de investigar a existência de doenças genéticas para selecionar. É, para ele, nesse intuito de controle que reside o problema da instrumentalização da vida humana, a ser “produzida” conforme as preferências e orientações axiológicas de terceiros.⁷⁶⁸ É, pergunta Jürgen Habermas, “compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?”⁷⁶⁹ ou “podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ ANDORNO, 1994, p. 322.

⁷⁶⁷ DUSART, Anne. *La détection des anomalies foetales: analyse sociologique*. Paris: Centre Technique National d'Etudes et de Recherches sur les Handicaps et les Inadaptations, 1995, p.03-04.

⁷⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 28.

⁷⁷⁰ Ibidem, p. 28-29.

Dispõe a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 1997, no art. 2º, que a todo indivíduo é devido o respeito à sua dignidade e a seus direitos independentemente das características genéticas às quais ele não pode ser reduzido, resguardando-se o respeito à sua singularidade e diversidade. No art. 6º, o texto da Declaração veda a discriminação fundada na constituição genética do indivíduo, que viole seus direitos, suas liberdades e sua dignidade. A seleção embrionária ofende tais dispositivos ao estabelecer um tratamento desigual entre os embriões gerados, favorecendo alguns em detrimento daqueles que, por uma convenção social e médica, apresentam características genéticas menos desejáveis.

O uso do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embriões encontra obstáculo, também, na dignidade da pessoa humana, que reconhece o valor inerente a todo ser humano, que faz dele um fim em si mesmo. À consagração da dignidade da pessoa humana como um princípio normativo corresponde a vedação a que o ser humano seja instrumentalizado, ignorado em seu valor e seus direitos, ou receba tratamento desumano ou degradante. O embrião humano é dotado de dignidade e destinatário de respeito e proteção pelo Direito, independentemente das suas características físicas ou genéticas, pois todo ser humano é igualmente digno. Ademais, sendo incapaz de consentir com intervenções médicas realizadas sobre si, essas somente poderiam ocorrer em seu benefício. No emprego do diagnóstico pré-implantacional, porém, não há benefício ao embrião. Há, ao contrário, uma oportunidade para ser descartado em razão de suas características genéticas.

Se a seleção de embriões baseada no critério da eliminação de doenças genéticas é, em si, problemática dos pontos de vista ético e jurídico, situação ainda mais grave está relacionada à tendência futura de que o diagnóstico pré-implantacional possa ser usado para a identificação de características que sejam desejadas pelos pais. Hoje, já é tecnicamente possível descobrir o sexo do embrião e alguns genes responsáveis por doenças genéticas. Em um futuro próximo, será possível identificar a presença de genes responsáveis pela cor dos olhos, pela altura, por características comportamentais e pela inteligência.

Quanto mais avançam os estudos na seara da genética, mais se verifica um movimento de sobrevalorização do biológico em detrimento dos fatores históricos e ambientais sobre o indivíduo. Cresce, assim, o interesse das pessoas pelo “melhoramento”

genético de suas descendências e, com o aumento desta demanda, cresce também o interesse econômico em explorar tal “mercado”.

Michael Sandel menciona uma situação que exemplifica a exploração econômica do interesse social na genética para gerar filhos melhores. Relata o autor que foi publicado um anúncio no Harvard Crimson e em outros jornais universitários norte-americanos no qual um casal infértil se dizia à procura de uma doadora de óvulos e oferecia a quantia de U\$50.000,00. Do anúncio, constava que a doadora deveria ter 1,80 metro de altura, ser atlética, não ter problemas médicos no histórico familiar e ter tirado alta pontuação no SAT – *Scholastic Assessment Test*, exame nacional realizado para ingresso na universidade. O anúncio, conforme observa o autor, traz um mal-estar moral, embora não haja nenhum prejuízo para a criança.⁷⁷¹

O mal-estar moral a que ele se refere decorre do caráter eugênico da proposta. O casal não quer apenas gerar um filho como consequência da relação afetiva que nutre reciprocamente. Deseja gerar uma criança de acordo com padrões por eles considerados adequados ao filho imaginário que criaram. À medida que a genética se desenvolve, tais características escolhidas por eles na doadora de óvulos também poderão ser escolhidas no embrião, tornando as clínicas de reprodução assistida uma “loja de embriões”⁷⁷².

Lembra Victor Penchaszadeh que a ideologia do reducionismo genético, ao entender que as características humanas devem-se principalmente aos genes, motivou diversas práticas discriminatórias e violentas. Tal ideologia foi utilizada para fundamentar a ideia de que as pessoas de origem africana são geneticamente menos inteligentes do que os europeus, advindo daí a associação entre a pobreza e a constituição genética dos que sofrem com ela. Essas ideias serviram para apoiar políticas raciais que envolveram, na primeira metade do século XX, práticas eugênicas, esterilizações forçadas e políticas imigratórias restritivas. Tratar a razão de fenômenos sociais como a pobreza como resultado das características genéticas das pessoas e não da desigual distribuição de riquezas, fomentava as políticas repressivas de controle em lugar de abordagens sociais.⁷⁷³

⁷⁷¹ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015, p. 16-17.

⁷⁷² Jacques Testart organizou uma coletânea de artigos sobre a reprodução assistida e intitulou a obra de “Le magasin des enfants”, traduzida como “a loja de crianças”. TESTART, Jacques. *Le magasin des enfants*. Paris: François Bourin, 1990.

⁷⁷³ PENCHASZADEH, Víctor B. Reduccionismo genético: um obstáculo para la vigencia del derecho a la salud. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; BARBOSA, Swendenberg do Nascimento (org.). *Bioéticas, poderes e injustiças 10 anos depois*. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012, p. 237.

Para o autor, o reducionismo ainda perdura nas atuais estratégias da indústria biotecnológica e farmacêutica. Enfatiza que o desenvolvimento tecnocientífico está mais atento às necessidades do mercado do que às necessidades de saúde e bem estar da população. O reducionismo presta-se, assim, aos interesses das corporações farmacêutica e biotecnológicas que anseiam por disponibilizar no mercado procedimentos diagnósticos e terapêuticos ainda que não tenham eficácia comprovada.⁷⁷⁴

Observa-se uma ênfase na importância da genética, impulsionada pela “descoberta” de genes associados a características como a inteligência e a orientação sexual ou à suscetibilidade de desenvolver determinadas doenças, como o câncer e a diabetes. O reducionismo ignora os atuais problemas de saúde da sociedade que são grandes e desafiam as políticas públicas de saúde, para se concentrar em uma promoção da saúde baseada em provas genéticas da suscetibilidade de adquirir doenças, criando “doentes sem sintomas”.⁷⁷⁵

Também se verificam condutas discriminatórias possibilitadas pela identificação, por meio do diagnóstico pré-implantacional, do sexo do embrião. A escolha do embrião pelo sexo, chamada de sexagem, é conduta possível tecnicamente e que pode gerar graves problemas sociais.

Narra Michael Sandel que a tentativa de escolha do sexo dos filhos há muito tempo se verifica entre os homens. Lembra que Aristóteles aconselhava os homens a amarrarem o testículo esquerdo antes da relação sexual para gerarem filhos homens e que o Talmude recomendava que os homens aguardassem o orgasmo das mulheres para que se fizesse um menino. Cita, ainda, a comum prática do aborto após a descoberta do sexo dos fetos nos países em que existe uma preferência cultural por meninos.⁷⁷⁶ Uma pesquisa publicada no periódico *The Lancet* revelou que, na última década, aproximadamente seis milhões de bebês do sexo feminino foram abortados na Índia. Na maioria dos casos, as gestantes já tinham uma filha mulher e estavam grávidas da segunda.⁷⁷⁷

A utilização do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embriões pelo sexo pode ensejar problemas sociais graves, oriundos da desproporção entre os

⁷⁷⁴ PENCHASZADEH, 2012, p. 239.

⁷⁷⁵ Ibidem, p. 239-240.

⁷⁷⁶ SANDEL, 2015, p. 32-33.

⁷⁷⁷ JHA, Prabhat; KESLER, Maya A.; KUMAR, Rajesh; RAM, Faujdar; RAM, Usha; ALEKSANDROWICZ, Lukasz; BASSANI, Diego G.; CHANDRA, Shailaja; BANTHIA, Jayant K. Trends in selective abortions of girls in India: analysis of nationally representative birth histories from 1990 to 2005 and census data from 1991 to 2011. *The Lancet*, v. 377, n. 9781, p. 1921–1928, 4 June 2011.

nascimentos. Alguns dos países mais populosos do mundo compartilham da preferência por filhos homens, situação que pode redundar no uso de tal prática para geração de filhos do sexo desejado. Além dos problemas demográficos possíveis, o uso do diagnóstico pré-implantacional reforça condutas discriminatórias, desconsiderando conquistas jurídicas concernentes ao reconhecimento da igualdade entre os sexos.

A seleção de embriões conforme os desejos e aspirações dos pais, realidade que, de acordo com Sergio Grigoletto, pode-se entrever para um futuro não distante, é uma forma de discriminação com base nas características genéticas, pois tais desejos não se restringem à geração de um filho saudável, abrangendo o interesse de selecionar um filho que satisfaça seus sonhos e aspirações.⁷⁷⁸ Para Débora Gozzo, a gravidade da situação está, ainda, no fato de que o propósito dos genitores de determinar o sexo e outras características do futuro filho não chama mais a atenção dos profissionais do Direito e da Medicina, apesar de não ser uma intenção ética ou moralmente aceitável.⁷⁷⁹

A liberdade reprodutiva dos genitores restringe-se, pois, à escolha de ter ou não filhos e do momento adequado para isso. Não abrange, portanto, a liberdade de decidir sobre as características que esse filho deve apresentar. A decisão de gerar um novo ser, fruto de uma relação afetiva, deve ser regida pela responsabilidade em face da pessoa gerada. Espera-se dos pais, em primeiro lugar, o respeito à vida e à autonomia dos filhos que estão gerando. A conduta de “eliminar” embriões que não apresentam as características desejadas é despida de qualquer fundamento ético e, certamente, contrária às funções de proteção e respeito que se esperam dos pais.

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade médica é, também, ignorada na referida prática. O dever de resguardo da vida e da integridade física dos seres humanos é afastado por interesses comerciais, centrados no enorme mercado que a seleção de embriões com características genéticas pode fornecer. Cabe, pois, ao Direito aproximar a técnica da ética, vedando práticas que instrumentalizem o ser humano, prejudicando-lhe a vida em favor de interesses eugênicos dos pais e da ciência.

Outra questão associada ao diagnóstico pré-implantacional é a possibilidade de seleção de embriões compatíveis pelo sistema de Tipagem HLA. Trata-se de técnica com o objetivo de selecionar um embrião cujo sistema HLA seja compatível com uma pessoa já nascida, para fins terapêuticos de fornecimento de células, tecidos ou órgãos.

⁷⁷⁸ GRIGOLETO, 2014, p. 156.

⁷⁷⁹ GOZZO, 2009, p. 392-393.

Charles Foster relata, sobre a questão, o caso de Zain Hashimi, que sofria de Beta Talassemia, cuja única chance real de uma vida normal era a obtenção de células tronco do cordão umbilical de um irmão compatível. Diante da dificuldade de sua obtenção pelas vias naturais, foi proposto o uso da fertilização *in vitro*, com a geração de embriões a serem submetidos à avaliação diagnóstica de compatibilidade com Zain, para a seleção e implantação de um embrião compatível. De acordo com o autor, não havia nenhuma razão para supor que a criança gerada desse modo, com o único propósito de ajudar o irmão, não seria amada e cuidada pelos pais. A questão foi submetida à justiça, que concluiu pela possibilidade de realização do procedimento. Para o autor, a conclusão a que se chegou não estava embasada em uma construção legal, mas na ideia da coisa certa a fazer. Os juízes analisaram o caso da perspectiva de uma competição entre uma criança de três anos de idade condenada à morte e alguns embriões de oito células e certos princípios acadêmicos de outro lado. Mesmo na comunidade pró-vida, houve, segundo ele, divergência de opiniões, pois muitos não estavam preparados para aceitar a morte de uma criança de três anos de idade.⁷⁸⁰

A utilização do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embrião compatível geneticamente com pessoa já nascida é problemática por duas razões: primeiro, por implicar a geração de numerosos embriões saudáveis que não serão implantados; segundo, por possibilitar a geração de um indivíduo com o único propósito de fornecer células, tecidos ou órgãos para outro indivíduo.

Neste último caso, Patrão Neves atenta para o fato de que o diagnóstico pré-implantacional é aplicado para selecionar um embrião a partir de um critério exclusivamente utilitário, visto que é selecionado pela possibilidade de que venha a se tornar doador de células. Trata-se de uma finalidade instrumental, que implica a eliminação de embriões saudáveis apenas para que seja atendido o fim da possível doação de células.⁷⁸¹

Embora o propósito de salvar a vida de outro ser humano seja louvável, a seleção embrionária para fins de gerar um doador parece ofender a dignidade do novo ser, criado como um instrumento para fim diverso. Ainda que, na prática, se verifique o crescimento da família e, certamente, o amor dos pais a esse novo ser, do ponto de vista ético, a seleção embrionária nos termos descritos instrumentaliza o ser humano e prejudica os demais

⁷⁸⁰ FOSTER, Charles. *Choosing life, choosing death: the tyranny of autonomy in Medical Ethics and Law*. Oregon: Osford and Portland, 2009, p. 57-58.

⁷⁸¹ NEVES, 2009, p. 141.

embriões que não são compatíveis. A opção legislativa pela licitude dessa prática, adotada por vários países, revela uma preferência pela vida da pessoa já nascida em detrimento da vida embrionária.

Finalmente, é importante mencionar que o diagnóstico pré-implantacional não é isento de riscos para o embrião. Além do risco inerente ao procedimento, que envolve a retirada de uma célula do embrião, podendo causar-lhe dano ou mesmo a destruição, evidências sugerem a redução das chances de implantação decorrente dessa retirada da célula do embrião.⁷⁸²

O diagnóstico pré-implantacional, assim, não gera benefício ao embrião, sujeitando-o a intervenção de risco, de cunho seletivo, que pode resultar em prejuízo à sua integridade física ou à sua vida, caso considerado “inadequado” aos critérios de saúde propostos. Tal técnica, portanto, não se justifica pelo bem-estar daquele que é diretamente afetado por ela. Trata-se, na verdade, de um procedimento que visa a atender aos interesses dos pais de geração de filhos que atendam aos seus padrões de saúde e, possivelmente, do Estado, a quem interessa evitar o nascimento de portadores de enfermidades graves, verificando-se, em ambos os casos, intuítos claramente eugênicos.

A seleção de embriões por meio do diagnóstico pré-implantacional está fundada no desvalor da vida com deficiência, que deve ser evitada, e na aceitação da desigualdade genética como critério para o reconhecimento de direitos aos seres humanos em estágio embrionário. Desse modo, apenas os embriões não portadores de doenças congênitas fariam jus ao direito à vida, sistemática que ignora a igualdade de direitos constitucionalmente assegurada e as disposições normativas nacionais e internacionais de vedação à discriminação e de proteção à dignidade da pessoa humana.

5.2 Reprodução assistida: portas abertas à nova eugenia?

O interesse em gerar seres humanos melhores pode ser identificado em muitos momentos da história do homem. O instinto vislumbrado na escolha do parceiro em fases mais rudimentares da história cedeu lugar, no século XX, às investigações científicas e ao uso do conhecimento médico e da tecnologia para a busca pela melhoria da espécie.

⁷⁸² BARUCH, Susannah. Preimplantation genetic diagnosis and parental preferences: beyond deadly disease. *Houston Journal of Health Law & Policy*, v. 2, n.14, p. 245-270, 2009, p. 250.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o propósito de criação de uma raça superior motivou, na Alemanha, experimentos científicos das mais diversas ordens, os quais, uma vez descobertos, geraram repúdio e preocupação ao resto do mundo. Contudo, a despeito de tal perplexidade, o interesse na seleção dos indivíduos mais bem capacitados remanesce latente na sociedade e pode encontrar espaço no uso das técnicas de reprodução assistida.

Lembra Carlos María Romeo Casabona que as contribuições da biologia sobre os mecanismos da reprodução e da herança genética forneceram uma base científica aos propósitos seletivos e as técnicas desenvolvidas são aptas a alcançar tais objetivos. Assim, a eugenia adquiriu suporte científico e, conseqüentemente, credibilidade intelectual e autoridade moral, embora suas práticas permaneçam sob questionamento e contestação.⁷⁸³

O termo eugenia foi utilizado pela primeira vez por Francis Galton, no final do século XIX, e definido como a ciência que trata dos fatores que melhoram as qualidades inatas da raça e daqueles que lhe permitam desenvolver, ao máximo, vantagem.⁷⁸⁴ A eugenia é tratada como positiva quando visa à transferência pelas gerações de caracteres tidos como desejáveis, e negativa quando visa a evitar a transmissão de características tidas como indesejáveis.

A palavra eugenia, ensinam Calum Mackellar e Christopher Bechtel, tem sua origem em duas raízes gregas, *eu* (bom) e *genesis* (nascimento), denotando, assim, a prática de produzir uma vida humana que seja boa no nascimento. Ela parte, pois, da crença de que os seres humanos podem ser melhorados, abrangendo a seleção com base nas características genéticas, mediante o incentivo à reprodução a pessoas que apresentam características desejáveis ou mediante o desincentivo a pessoas com características indesejáveis.⁷⁸⁵

Por meio do Darwinismo social, os movimentos eugênicos do início do século XX ganharam respaldo e penetraram no mundo jurídico. Sobretudo nos Estados Unidos, um conjunto de intelectuais e políticos, entre os quais se encontra Charles Davenport, preocupava-se com a deterioração da “qualidade” biológica da população. No âmbito legislativo, formas de eugenia negativa foram consagradas nas leis de esterilização e nas

⁷⁸³ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p.170.

⁷⁸⁴ GALTON, Francis. Eugenics: its definition, scope, and aims. *The American Journal of Sociology*, v. X, July, 1904, p. 1.

⁷⁸⁵ MACKELLAR; BECHTEL, 2014, p.1.

disposições de internações de isolamento, limitações matrimoniais e restrições à imigração.⁷⁸⁶

Posteriormente, pensou-se a possibilidade de uma eugenia positiva, que permitisse obter nos seres humanos o mesmo efeito bem-sucedido alcançado com a intervenção na reprodução de animais e plantas para a melhoria da espécie. Todavia, os critérios subjetivos que regem a prática da eugenia em seres humanos, logo revelaram modos de expressão discriminatórios, tal como observado na Alemanha nazista da primeira metade do século XX. A eugenia, que jamais ganhara *status* de uma disciplina científica séria, foi condenada após a Segunda Guerra Mundial e suas práticas foram consideradas genocidas.⁷⁸⁷

As propostas eugênicas foram retomadas, no entanto, a partir da década de 1970, quando os cientistas pensaram em associar as descobertas da engenharia genética às tecnologias reprodutivas, a fim de criar uma nova oportunidade para a melhoria da raça humana e dos indivíduos. Para Calum Mackellar e Christopher Bechtel, o antigo sonho eugênico, temporariamente desacreditado pelas perseguições nazistas foi ressuscitado pelas novas tecnologias.⁷⁸⁸ Apesar das fortes marcas deixadas pela ideologia nazista, com a instauração das clínicas de reprodução assistida, a velha preocupação humana com a melhoria de espécie reacendeu sob uma ideologia de fundo: a de que, neste mundo, só deveria haver lugar para pessoas perfeitas.⁷⁸⁹

Além da seleção de gametas e embriões que carregam genes desejáveis, apresenta-se como possibilidade futura a alteração genética desses, de modo que aos pais caberá, talvez, o poder de determinar um grande número de características da prole. Para afastar as atuais condutas do espectro da proposta nazista, evitando a imediata condenação que se segue ao uso da palavra eugenia, os cientistas procuram adotar um vocabulário novo, que dificulte a identificação da real natureza das práticas.⁷⁹⁰

Assim, não se fala em eugenia, eliminação e melhoramento, mas sim em diagnóstico, prevenção e tratamento. A seleção de embriões seria, portanto, uma prática que previne a deficiência e a modificação do código genético do embrião seria uma forma de terapia. Em que pese a rejeição do uso do termo eugenia, a seleção de embriões e o melhoramento genético são condutas que têm por finalidade a melhoria da espécie, nos

⁷⁸⁶ CASABONA, 1999, p.172.

⁷⁸⁷ MACKELLAR; BECHTEL, 2014, p.2.

⁷⁸⁸ Ibidem, p.2-3.

⁷⁸⁹ MOSER; SOARES, 2006, p.70.

⁷⁹⁰ MACKELLAR; BECHTEL, op. cit., p.2-6.

mesmos termos do referido conceito. A mudança de terminologia não altera a natureza das práticas que precisam ser pensadas à luz de uma ética da responsabilidade.

Para Calum Mackellar e Christopher Bechtel, a eugenia não se restringe a programas em escala de nação ou de grande comunidade ou atos que afetem toda a população. Qualquer estratégia utilizada para modificar o patrimônio genético de uma criança, uma comunidade ou da humanidade, é um procedimento eugênico, pois o acúmulo de decisões individuais voluntárias terá um efeito significativo sobre toda a população, ainda que não intencional.⁷⁹¹ Assim, o conjunto de decisões tomadas individualmente sobre a seleção de embriões com certas características ou sobre a modificação do seu genoma tem efeitos semelhantes ao de uma eugenia institucionalizada pelo Estado.

A reflexão sobre a natureza eugênica de práticas que estão se tornando comuns nas clínicas de reprodução assistida é necessária para uma adequada decisão legislativa sobre sua licitude e limites. Lembra Berlinguer que o oferecimento de espermatozoides conforme as características raciais, estéticas e intelectuais já é uma nova forma de seleção que extrapola a finalidade de prevenção de doenças genéticas.⁷⁹²

O conhecimento do genoma humano e a engenharia genética estão tornando possíveis intervenções sobre o código genético do ser humano a fim de prevenir doenças e deficiências graves causadas por fatores genéticos. A chamada terapia gênica é, assim, uma técnica que visa à introdução, à substituição ou à retirada de genes que contêm características desejadas ou repudiadas, a fim de tornar o embrião menos propenso ao desenvolvimento de determinadas moléstias de origem hereditária ou advindas de anomalias em cromossomos.

Contudo, como bem observa Carlos María Romeo Casabona, a terapia gênica suscita intensos debates filosóficos, éticos e jurídicos por abrir portas para a seleção ou o aperfeiçoamento de seres humanos por meio da escolha de características desejáveis.⁷⁹³ Ressalte-se que a tentativa de distinguir tratamento de melhoramento é frequentemente infrutífera. Em virtude dos aspectos sociais inerentes à decisão médica sobre o que é doença ou saúde, normal ou anormal, uma determinada intervenção sobre o genoma do indivíduo pode ser “terapia” ou “melhoramento” conforme o entendimento adotado naquela sociedade em um determinado momento histórico.

⁷⁹¹ MACKELLAR; BECHTEL, 2014, p.9.

⁷⁹² BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 110.

⁷⁹³ CASABONA, 1999, p.149.

A supressão de um gene responsável por causar uma grave doença genética parece mais próxima de uma “terapia”, embora não se possa tratar como tal por interferir na constituição biológica do indivíduo, suprimindo-lhe uma parte do patrimônio genético. Mas e se o gene que se quer modificar foi responsável pela tendência à obesidade? Trata-se de terapia ou melhoramento?

Para Casabona, a terapia gênica em linha germinal enseja problemas éticos e jurídicos, uma vez que, embora empregada para erradicar defeitos genéticos, tem também efeitos de modificação definitiva do componente genético manipulado e de transmissão às gerações sucessivas, cujas consequências de longo prazo não são conhecidas, dificultando o controle dos potenciais efeitos negativos. Assim, os especialistas se dividem entre a proposta da proibição absoluta dessa modalidade terapêutica, até que se tenham mais informações sobre seus efeitos, e entre aqueles que defendem sua aplicação.⁷⁹⁴ Faz-se necessário, assim, em primeiro lugar, distinguir intervenções terapêuticas daquelas tendentes a melhorar o ser humano e, além disso, de estudar os efeitos dessas mudanças sobre toda a humanidade.

A pretensão da engenharia genética é inserir características hereditárias desejáveis ou eliminar as indesejáveis, por meio da intervenção sobre a cadeia genético-informacional de um organismo. Com a instrumentalização da informação genética, as características hereditárias passam a ser objeto de planejamento. De uma intervenção preventiva, voltada para a eliminação de genes “doentios”, sob o argumento da tutela da vida futura, cuja enfermidade ou incapacidade deveria ser eliminada, passa-se, em seguida, a uma intervenção com o fim de alcançar a “perfeição” da procriação, vislumbrando-se aí, não mais uma “eugenia preventiva”, mas uma “eugenia criacionista”.⁷⁹⁵ Para Bartholo, a política racial nazista centra-se na fixação de um dado padrão de “superioridade genética”, que nega tanto a unidade do gênero humano, quanto a importância da diversidade genética como uma condição de existência fundamental, que pode estar associada a uma ampla reserva de possibilidades de mutações adaptativas.⁷⁹⁶

Tanto a terapia gênica, quanto o melhoramento genético ensejam questões éticas importantes. Toda modificação na estrutura genética do ser humano causará consequências a toda a humanidade, pois os seres humanos modificados, provavelmente, gerarão

⁷⁹⁴ CASABONA, 1999, p. 153.

⁷⁹⁵ BARTHOLO JR., 1992, p. 104-105.

⁷⁹⁶ Ibidem, p. 105.

descendência. Não se sabe, ainda, as consequências dessas condutas, razão pela qual se sugeriu, no título II, a aplicação dos princípios da responsabilidade e da precaução.

Por ora, o estado atual da técnica não permite a aplicação da “terapia gênica” ou do melhoramento genético de forma segura, facilitando a vedação a tais condutas por uma futura lei que trate da reprodução assistida. No entanto, mesmo quando, biologicamente, tais condutas se tornarem possíveis em grande escala e disponíveis para uso assessorio à reprodução assistida, as consequências de longo prazo devem ser pensadas, pois o bem-estar atual não pode justificar quaisquer riscos futuros.

Estudos relacionados aos impactos de qualquer modificação sobre o genoma humano, ainda que destinada à supressão de genes responsáveis por condições físicas tratadas hoje como doenças graves e incuráveis, são necessários à discussão sobre a viabilidade de uso da técnica. Ressalte-se que tal discussão parece cabível apenas no que concerne à “terapia gênica”, pois o melhoramento genético não encontra amparo na ética e, tampouco, no direito, sendo conduta absolutamente vedada por todas as declarações de direitos humanos que consagram a proteção à dignidade humana e à vedação à discriminação.

Um dos principais argumentos utilizados em favor do melhoramento genético é que a loteria genética é considerada injusta por condenar as pessoas a sofrerem “limitações” diversas, tanto na inteligência, na aparência física, quanto no prejuízo a certas funções orgânicas. Para Fukuyama, contudo, ela é profundamente igualitária, visto que todos, independentemente de classe social, raça ou etnia, estão sujeitos a ela. A substituição da loteria genética pela escolha coloca todos em uma competição desigual, que pode aumentar a disparidade entre o topo e a base da hierarquia social.⁷⁹⁷ De fato, além das questões eminentemente éticas relacionadas ao melhoramento genético, o uso da técnica, dado o alto custo, ficará restrito às classes mais favorecidas que gerarão filhos geneticamente superiores, reforçando as desigualdades sociais.

Ademais, conforme salienta Habermas, quando as pessoas considerarem a composição genética dos seus descendentes como um produto passível de moldagem, a fim de obter um design apropriado aos seus interesses e desejos, estarão interferindo nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de outra pessoa. Essa disposição, segundo o autor, somente poderia ser exercida sobre objetos e não

⁷⁹⁷ FUKUYAMA, 2003, p. 165-166.

sobre pessoas.⁷⁹⁸ Enfatiza, ainda, que a manipulação genética tangencia questões afetas à identidade da espécie e à autocompreensão do homem como ser da espécie humana, que resta alterada pela neutralização biotécnica da distinção entre o que é natural e o que é fabricado.⁷⁹⁹

Enfatizou Habermas em outra oportunidade que a ninguém é dado dispor de outra pessoa ou controlar suas possibilidades de ação, subtraindo-lhe uma parte essencial da liberdade, situação que se verifica quando o programa genético de um novo ser humano é previamente escolhido por outros.⁸⁰⁰ Assim, a intervenção sobre a constituição genética do indivíduo, suscita, ainda, questões relacionadas à intangibilidade da natureza humana ou das características genéticas dele.

Em respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras, as práticas que intervêm sobre o genoma humano devem ser, por ora, vedadas, seja para uma reflexão aprofundada sobre sua natureza ética, seja para a realização de estudos sobre as consequências de longo prazo de tais intervenções.

⁷⁹⁸ HABERMAS, 2004, p. 19.

⁷⁹⁹ Ibidem, p. 32-33.

⁸⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 210.

CONCLUSÃO

A reprodução assistida foi alcançada em meio ao expressivo desenvolvimento biotecnológico do século XX. Para os cientistas e médicos, representou uma revolução científica, possibilitando a geração da vida humana em laboratório. Para os candidatos a pais, representou um conforto à angústia de quem deseja profundamente, mas não consegue, gerar um filho. Os méritos da técnica, no entanto, não ofuscaram os problemas que a inquietante intervenção sobre o início da vida enseja.

A reprodução assistida tocou sensivelmente a sociedade por interferir em um dos mais importantes dons – a procriação. Além disso, tornou o filho, sonhado e esperado, um “produto” da técnica, suscitando questionamentos éticos ainda sem resposta. Dividiu, assim, opiniões, sendo vista ora como uma importante evolução do conhecimento científico e da medicina, ora como um perigo para o homem e para as futuras gerações.

As novas tecnologias reprodutivas são capazes de propiciar, talvez, o maior e mais importante feito na vida de uma pessoa: um filho. Apesar dos riscos envolvidos e do ainda baixo índice de sucesso, associado ao alto custo do procedimento, elas foram responsáveis pelo nascimento de milhares de crianças, alegrando lares e famílias que ansiavam por filhos, sobrinhos e netos. Esse mérito não lhes pode ser negado.

No entanto, a reprodução assistida instrumentalizou e medicalizou o fenômeno da reprodução, antes oriundo apenas do ato íntimo do casal e, em regra, como resultado de uma relação de amor. A medicalização de tal fenômeno tornou-o um procedimento técnico, com todas as consequências daí advindas. A intimidade e a naturalidade da geração de um filho cederam lugar à administração de medicamentos, ao controle da ovulação, a intervenções invasivas, a dados estatísticos, consultas médicas e, finalmente, a uma linguagem técnica que em nada se assemelha à doce linguagem da espera do filho. A surpresa agradável da gravidez esperada não se verifica na reprodução assistida, precedida de números, procedimentos, ansiedades e frustrações.

O filho é alcançado mediante um alto custo emocional, físico e financeiro. Os casais, já tão fragilizados pela frustração do desejo de ter um filho, são submetidos a vários procedimentos e entrevistas desconfortáveis e constrangedores. As mulheres recebem altas doses hormonais que lhes alteram o corpo, gerando riscos à saúde, com o escopo de produzir mais óvulos. O preço do procedimento restringe o uso da técnica a quem dispõe de meios para custeá-la e torna ainda mais angustiante a espera do êxito, pois, diante da

ausência de implantação de um embrião no útero, novos dispêndios de recursos financeiros são necessários. A realidade das clínicas de reprodução assistida em nada se aproxima do propagado milagre.

Mais grave, ainda, contudo, são as necessárias intervenções sobre a vida humana em seus primeiros momentos de existência. O embrião, até então recolhido no ventre materno, abrigado por camadas de tecidos que lhe conferem aconchego e proteção, passa às provetas laboratoriais e aos equipamentos frios de uma clínica médica com ares hospitalares. Desde a geração, é ele um paciente, sujeito a manipulações de diversas ordens, talvez não sentidas fisicamente, mas percebidas por todos os que lidam com a técnica.

De pessoa humana protegida biológica e juridicamente, o embrião torna-se um “objeto” a ser manipulado como em um processo de fabricação. Instrumentalizado e coisificado pela técnica, é, cada vez mais, afastado de sua natureza humana para ser “utilizado” para os mais diversos fins. O acesso ao ser humano na fase embrionária, ainda tão vulnerável, é, talvez, o maior problema da reprodução assistida. Se, de um lado, ela possibilita a geração da vida, de outro, para que essa vida seja gerada, muitas outras são destruídas e tal sistemática cruel é acobertada pelos médicos, a quem incumbiria, primordialmente, a salvaguarda da vida humana.

Proibir o uso da técnica não parece o melhor caminho, mas o regular é imperioso para que os abusos hoje recorrentes sejam minimizados. Não sendo os médicos capazes de refletir eticamente sobre os problemas que a reprodução assistida suscita, em virtude da incapacidade da ciência de pensar sobre si própria, faz-se necessária a intervenção do Direito.

Ressalte-se que as primeiras reflexões sobre limites éticos à reprodução assistida deram-se no âmbito da bioética. A nova área do saber, de origem recente e caráter interdisciplinar, tem por finalidade associar ciências biológicas e humanas para refletir eticamente sobre o desenvolvimento científico e tecnológico. A bioética transcendeu a ética médica, centrando-se nas questões éticas suscitadas pela biotecnologia, a fim de encontrar soluções para os problemas gerados nessa seara.

Como nova ciência, a bioética foi fundada sobre princípios que, por algum tempo, encontraram consenso entre os estudiosos. A fim de possibilitar-lhe a consagração como uma nova disciplina acadêmica, os desacordos ideológicos foram abafados por meio da aceitação consensual da necessidade de reflexão sobre o desenvolvimento científico.

Contudo, o modelo adotado inicialmente, baseado na autonomia e na liberdade individual não se revelou suficiente para o enfrentamento ético de questões aventadas pela biotecnologia. Gradualmente, os desacordos ideológicos ganharam espaço, revelando, de fato, um profundo desacordo entre os estudiosos sobre as premissas da reflexão.

No âmbito da reprodução assistida, os desacordos têm duas origens principais: a natureza de pessoa do embrião humano e a liberdade de disponibilidade do próprio corpo e da vida humana. Não se observa, entre os estudiosos da bioética, um consenso quanto ao tratamento que deve ser dado ao embrião, visto que há divergências fundamentais sobre ser ele pessoa humana ou não. Além disso, as questões inerentes à reprodução assistida sobre os limites de intervenção sobre o próprio corpo e sobre a vida humana embrionária são tratadas de forma diversa por bioeticistas, dificultando o alcance de uma orientação ética apta a reger a conduta dos médicos no emprego da técnica.

As divergências de entendimento na bioética são reflexos das mudanças na sociedade na transição do século. A ênfase jurídica na igualdade de todos e na vedação à discriminação abriu espaço a uma ampliação da tolerância moral e religiosa, possibilitando que emergisse uma pluralidade moral antes contida. A sociedade pós-moderna caracteriza-se, assim, pela escassez de princípios e valores universalmente compartilháveis, situação que dificulta o tratamento ético e jurídico de questões axiológicas.

Conforme ensina Tristram Engelhardt, a tentativa de substituir a religião pela razão no papel de fornecer bases morais ao indivíduo fracassou. A falta de uma referência comum sobre os valores morais provocou um desacordo quanto às questões sobre as quais reflete a bioética que alcança o próprio caráter de base da moralidade, pois a discordância refere-se a premissas básicas, impossibilitando o consenso. As diversas moralidades identificadas na sociedade pós-moderna geram desacordos morais também no seio das discussões bioéticas. A impossibilidade de um consenso ético na pós-modernidade, justificada pela ausência de valores universalmente compartilhados, dificulta a tarefa de definir parâmetros éticos à técnica. Apesar dos esforços dos bioeticistas, um tratamento uniforme das questões suscitadas pela reprodução assistida parece muito distante.

Apesar do desacordo quanto a questões bioéticas, existem consensos que devem ser identificados e empregados na reflexão sobre tais controvérsias. Os diferentes posicionamentos éticos impedem que a bioética seja uma fonte de normas gerais e coletivas, mas existe um núcleo de valores comum na sociedade, consagrados nas normas jurídicas. Cabe, pois, ao Direito, a função de, mediante um diálogo entre as diversas

comunidades morais, identificar valores comuns e estabelecer limites que observem normas vigentes e atendam aos valores majoritariamente compartilhados.

Como salientado na introdução, deixar a regulação da reprodução assistida a cargo da ética médica é uma omissão jurídica imperdoável, por descuidar dos bens mais caros ao ordenamento jurídico: a vida e a dignidade da pessoa humana. As normas do Conselho Federal de Medicina revelam uma moral restrita à classe médica e que não representa, necessariamente, as concepções partilhadas pela sociedade. A intervenção legislativa é o caminho adequado para que o uso da técnica seja fundado na observância da proteção ao ser humano e do interesse de toda a humanidade, bem como para que as decisões tomadas em relação às questões controversas sejam legitimadas por um processo democrático.

A necessidade de regulação por normas específicas é, porém, tarefa árdua. Há um profundo desacordo social sobre questões relativas ao emprego da reprodução assistida. Além disso, os posicionamentos divergentes são, com frequência, tratados equivocadamente como um embate entre liberais e conservadores, polarizando o debate, em prejuízo do consenso.

Apesar da dificuldade, é o processo legislativo que legitimará as decisões tomadas sobre as questões tormentosas que a tecnologia suscita. A atual regulação da técnica pelo Conselho Federal de Medicina, embora necessária em face da carência de legislação específica, generaliza e legitima práticas que ofendem o ordenamento jurídico e consolida normas baseadas em entendimentos médicos não compartilhados pela sociedade.

Enquanto os juristas adentram, timidamente, a reflexão ética sobre a reprodução assistida, a técnica é livremente empregada conforme os interesses médicos, científicos e econômicos. Pais e embriões tornam-se fontes de recursos biológicos e financeiros para fins diversos do auxílio à procriação. Ainda que penetrando em território desconhecido, o legislador tem o dever de estabelecer limites à conduta dos médicos, pois a omissão legislativa tem sido usada para fundamentar uma plena liberdade de atuação.

Na medida em que a técnica evolui, mais riscos surgem, assustam e clamam por regulação. As preocupações iniciais com o uso de gametas de doadores são, hoje, pormenores se comparadas ao uso do diagnóstico pré-implantacional para a seleção do sexo e de características do embrião. Mais uma vez, a técnica é desvirtuada pelo ser humano para atender a suas ambições. Porém, neste caso, a liberdade humana para “fabricar” indivíduos conforme seus interesses pode prejudicar-lhes a própria existência.

Os pais, inicialmente vítimas de um desejo insatisfeito da maternidade e da paternidade, das promessas da medicina e do desespero, tornam-se, também, vilões ao desconsiderarem os interesses e direitos do novo ser, atentos apenas à sua frustração e à vontade, que tudo justifica, de gerar um filho. Reservar a eles a decisão sobre o futuro ser não é medida adequada à tutela deste, pois esses pais são tomados, muitas vezes, pelo cego propósito da procriação, relegando, paradoxalmente, a criança a segundo plano.

Aos futuros seres humanos gerados pelas técnicas de reprodução assistida e aos embriões já existentes, que aguardam a implantação no ventre materno para desenvolver-se, apenas resta a proteção jurídica. Somente o Direito, com suas sólidas bases éticas, fundadas no reconhecimento de que todo ser humano é igualmente digno e sujeito de direitos, pode estabelecer limites que imponham o dever de respeito à vida humana embrionária, fase inicial de toda pessoa humana.

É grande a responsabilidade nas mãos do legislador, mas tratar de vida, de ser humano e de futuras gerações é chamar à responsabilidade aqueles que podem e devem resguardar os direitos dos seres humanos, atuais e futuros. Na aplicação das técnicas de reprodução assistida, compartilham desse dever futuros pais e médicos, a quem incumbe garantir a integridade física e o livre desenvolvimento dos seres humanos por eles gerados, cuja dignidade têm o dever de respeitar e proteger.

Impõe-se, pois, um novo olhar sobre a técnica. As possibilidades geradas pela reprodução assistida reclamam uma normatização específica, cujas bases não sejam extraídas na ética médica, mas sim da bioética e do Direito. Os projetos de lei estudados trazem dispositivos pertinentes, mas se aproximam, com excesso, da disciplina dada à matéria pelo Conselho Federal de Medicina. A perspectiva jurídica deve ser outra. Há bens jurídicos de grande relevância em jogo, cujas percepção e proteção foram ignoradas pelas normas do Conselho, algumas delas repetidas nos projetos de lei tratados.

Para um adequado tratamento legal da matéria, foram apresentadas três orientações principiológicas a servir de alicerces à construção da lei. Primeiramente, salientou-se a necessidade de que a perspectiva de análise deixe de lado os pais que desejam ter um filho para centrar-se no filho a ser gerado. Embora seja reconhecida, no direito brasileiro, a liberdade reprodutiva, abrangendo o poder de decisão sobre ter ou não filhos e quando os ter, tal liberdade não pode ser confundida com o direito de ter filhos por não ser a criança um objeto, a justificar a existência de um “direito a ela”. A vontade e a

decisão de ter filhos deve fundar-se no princípio da paternidade responsável e no respeito à dignidade do novo ser.

Pensar na reprodução assistida apenas do ponto de vista dos pais desejosos de um filho é um equívoco, eis que o novo ser, incapaz e vulnerável, deve ser o centro de uma regulação jurídica sobre a matéria. Tal como o ordenamento jurídico resguarda, com absoluta prioridade, os interesses da criança e do adolescente, os direitos do nascituro devem ser o ponto de partida para a reflexão sobre os procedimentos permitidos e vedados nessa seara.

Ademais, esclareça-se que a vontade de ter um filho, legítima e protegida pelo Direito, não deve ser confundida com um direito de ter filho, como o direito de fazer valer sua vontade mesmo em face do Estado e mesmo em detrimento do bem-estar de quem será gerado. Assim, a reprodução assistida deve ser permitida de forma subsidiária, para auxiliar casais que não concebem conceber pelas vias naturais, não podendo ser usada como forma alternativa de procriação, sobretudo quando motivada pelo desejo de gerar um filho conforme os interesses dos pais.

Na perspectiva proposta, sugeriu-se que a responsabilidade fosse tomada como premissa para as decisões sobre o uso da reprodução assistida. Para tal finalidade, não basta, porém, considerar o conceito tradicional de responsabilidade como o dever de reparar o dano causado. Na sociedade biotecnológica, desconhecem-se a extensão e a propagação futura das consequências das atuais ações. Assim, para lidar com as tecnologias no âmbito da medicina, é preciso tomar como base um novo conceito de responsabilidade, que abrange o dever de evitar danos futuros e de resguardar os interesses e direitos das futuras gerações.

Afirma Hans Jonas que a intervenção técnica do homem sobre a natureza afastou as limitações de proximidade e simultaneidade da ação em relação ao dano por ela causado. Ações atuais podem causar danos futuros e pequenas ações reiteradas podem contribuir para danos irreparáveis. Além disso, o poder de intervenção do ser humano sobre a natureza e sobre si não é acompanhado pelo conhecimento das consequências desse agir. Diante de tais mudanças, propõe o autor que a biosfera do planeta e o futuro da espécie humana sejam acrescidos àquilo pelo qual devemos ser responsáveis. Uma ética da responsabilidade aplicável à sociedade tecnológica deve, portanto, vislumbrar os efeitos de longo prazo da ação e impor um dever de resguardo da existência e dos direitos das futuras gerações.

Para Paul Ricoeur, a noção de responsabilidade tradicional, centrada no dever de reparar o dano não responde, adequadamente, às dificuldades vividas em uma sociedade de risco. A existência de danos de longo prazo e cujas causas são muitas e diluídas entre vários agentes demanda um fortalecimento da ideia de prevenção em detrimento da ideia de reparação. Propõe, pois, que a orientação da responsabilidade como responder pelo que fez seja substituída por uma orientação prospectiva, centrada na ideia de prevenção de danos.

Tomando como fundamento as teorias de Hans Jonas e Paul Ricoeur, traçou-se uma compreensão da reprodução assistida fundada no dever compartilhado entre o legislador, os candidatos a pais e os médicos de considerarem, em suas decisões, o bem-estar dos seres humanos gerados e por gerar, garantindo-lhes o respeito à dignidade humana, à vida e à integridade física. As decisões tomadas na reprodução assistida devem, pois, considerar os direitos daqueles que serão gerados e o dever de prevenir danos a eles.

Ao legislador, em especial, incumbe, na tomada de decisões sobre a reprodução assistida, observar o princípio da precaução, ponderando os riscos e benefícios da técnica para estabelecer condutas lícitas e ilícitas. Incumbe-lhe, ainda, agir com cautela, avaliando os potenciais riscos e vedando, por ora, procedimentos passíveis de causar danos futuros. Assim, as intenções de seleção de embriões e de intervenção sobre o código genético do indivíduo devem ser restringidas em virtude não apenas dos direitos do embrião gerado, mas também do desconhecimento dos efeitos futuros dessas ações.

Finalmente, a disciplina legislativa da reprodução assistida deve partir da premissa de que a técnica deve estar sempre a serviço do homem e não o contrário. As evoluções científicas do século XX demandaram uma reflexão sobre os limites à sua aplicação, afastando-se a propagada neutralidade da ciência. Em virtude da ampliação expressiva do poder do homem sobre a natureza, tornou-se necessário pensar limites ao poder de fazer, que nem sempre observa princípios éticos e o respeito ao ser humano. Assim, conforme afirma Adela Cortina, a humanidade deve ser considerada um fim limitativo às intervenções científicas e técnicas e as pessoas devem ser fim positivo das intervenções humanas, isto é, impõe-se o reconhecimento de que as pessoas humanas são fins em si mesmos.

A técnica é lícita, portanto, na medida em que se presta ao bem-estar do ser humano, melhorando-lhe a qualidade de vida e proporcionando-lhe mais conforto. No entanto, se for preciso instrumentalizar o ser humano para benefício da técnica, tem-se uma

inversão valorativa que a macula de ilicitude. Tal premissa aplica-se à reprodução assistida no que toca à proteção do embrião humano, que não pode ser sacrificado em benefício de interesses gerados pela própria técnica, como na geração de embriões supranumerários ou na realização do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embriões “melhores”.

O embrião jamais pode ser colocado a serviço da ciência ou da técnica porque ele é um fim em si mesmo. Como ser humano, ele é dotado de um valor inerente, reconhecido pelo Direito na consagração da dignidade da pessoa humana. É, também, destinatário de proteção jurídica, lembrando-se de que o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Portanto, a disciplina legal da reprodução assistida deve estar fundada na proteção ao embrião humano e na vedação de condutas que o instrumentalizem em favor de fins outros que não o seu próprio bem-estar. O embrião é o início de uma existência humana, merecendo, pois, toda a atenção jurídica.

Tomando como base tais premissas, foram propostos tratamentos normativos sobre algumas questões controversas eleitas para a reflexão neste trabalho. Alcançaram-se, assim, as seguintes proposições:

- a) A técnica é lícita apenas se utilizada para a geração de um filho por pessoas que não conseguem, por si sós, conceber naturalmente;
- b) O acesso à técnica deve ser permitido a todas as pessoas capazes que revelem condições físicas e psicológicas para o exercício da parentalidade, a serem atestadas pelo médico responsável;
- c) A doação de gametas para o uso de técnicas heterólogas, desde que gratuita, é lícita. A comercialização de gametas é vedada, cabendo, apenas, o compartilhamento dos custos da técnica entre a doadora do óvulo e a receptora;
- d) O sigilo dos dados médicos e da identidade dos doadores e dos pais deve ser resguardado. Entretanto, cabe aos bancos de tecidos e células germinativas manter um registro com informações sobre os doadores, os receptores e o resultado da gestação, visto que a criança gerada por reprodução assistida heteróloga tem o direito de acesso às informações sobre sua concepção e à identidade do doador, se necessário, para conhecimento da sua ascendência genética;

- e) Sugere-se que a cessão temporária de útero seja permitida somente entre parentes até o terceiro grau. Além de necessariamente gratuita, a cessão de útero não gera qualquer obrigação oponível pelos pais biológicos à gestante, pois a criança gerada não é um bem a ser entregue e a gestação não é um serviço a ser prestado. A íntima relação materno-fetal fundamenta o direito da gestante de desistir da entrega da criança aos pais biológicos, sendo, nesse caso, havida como mãe para todos os fins;
- f) Com o escopo de afastar interpretações divergentes, propõe-se que uma lei específica sobre a reprodução assistida reconheça, expressamente, a dignidade do embrião humano, dispondo sobre seu direito à vida e à integridade física. Quaisquer condutas ofensivas a esses e a outros direitos do embrião são, portanto, defesas;
- g) Para evitar a geração de embriões supranumerários, destinados a aguardar, indefinidamente, a implantação, cabe à lei estabelecer a obrigatoriedade de implantação de todos os embriões gerados. Essa norma, no entanto, deve estar associada a outra, que estabeleça, nos termos já existentes na Resolução nº 2.121/2015, o número máximo de embriões a ser implantado sem gerar risco para a gestante e para esses embriões. Assim, somente poderá ser gerado o número de embriões a ser implantado, evitando-se, com isso, a criopreservação e a ofensa ao direito do novo ser de desenvolver-se livremente;
- h) Em virtude do direito à vida, o descarte de embriões deve ser vedado;
- i) O diagnóstico pré-implantacional para prevenir o nascimento de crianças portadoras de doenças genéticas transmissíveis hereditariamente é prática de natureza eugênica que ofende o direito do embrião à vida e estabelece tratamento diferente entre os embriões, fazendo discriminação com base em características genéticas vedada pela Constituição de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos;
- j) O uso do diagnóstico pré-implantacional para a seleção do sexo ou de outras características genéticas do embrião deve ser vedado em qualquer hipótese, por violar-lhe a dignidade e a intimidade dos dados genéticos em favor de interesse injustificável dos pais;

- k) No que concerne às intervenções sobre o genoma humano, no estado atual da técnica e em atenção ao princípio da precaução, essas práticas não devem ser permitidas.

Por fim, vale destacar que a necessidade de legislar sobre a reprodução assistida e os parâmetros ético-jurídicos propostos têm por escopo possibilitar o uso da técnica sem descuidar da proteção à pessoa humana, finalidade precípua da Medicina e do Direito. Como dito à exaustão neste trabalho, médicos e juristas devem sempre entender a tecnologia como um meio a serviço da humanidade e não como um fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDELMASSIH, Vicente. Doação de oócitos. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada nº 23, de 27 de maio de 2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *SisEmbryo: 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. Relatório. Brasília, 2015.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede da Procriação Medicamente Assistida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra, v. XLI, n 2.

ALEXANDER, Shana. They decide Who lives, Who dies. *Life*. Novembro, 9, 1962. p. 102-124. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=qUoEAAAAMBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

ALMEIDA, José Luiz Telles de. *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente*. Tese de Doutorado. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1999, 129p.

ÁLVAREZ, Mario Hernández. La Bioética y el Pluralismo Ético. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. v. 1, p. 74-85, novembro, 2001.

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas; BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. *Ágora*. Rio de Janeiro, v. IX n. 2, p. 177-191, jul/dez 2006.

ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Revista Bioética*. Vol. 17, nº 3, p. 435-449, 2009(a).

ANDRONO, Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia: la seleccion de embriones *in vitro*. *Revista Chilena de Derecho*, v. 21, n. 2, 1994, p. 321-328.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009(b).

ANDORNO, Roberto. The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age. *Journal of international biotechnology law*, v. 1, issue 1, p. 11–19, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103 p. 277 – 299, jan./dez. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, v. 328, p. 69-80, out-nov-dez, 1994.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinque. Junho de 1964. Disponível em: <http://www.amb.org.br/_arquivos/_downloads/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2016.

AULER, Juliana de Alencar. *O nascituro portador de malformações no cenário jurídico atual*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e Cidadania Reprodutiva. *Revista Estudos Feministas*, v. 1, n. 2, p. 382-393, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida. *Revista dos Tribunais*, v. 729, p. 43-51, julho de 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, v. 797, ano 91, p. 11-26, março 2002.

BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI). In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997.

BALMACEDA, J. P., GOLDSMAN, M. P. Transferência Intratubária de Gametas (GIFT). In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARNARD, Christiaan. The Operation. A human cardiac transplant: an interim report of a successful operation performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town. *S Afr Med J*. v. 41, n. 48, p. 1271-4, 1967.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARTHOLO JR., Roberto. *A dor de Fausto: ensaios*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

BARUCH, Susannah. Preimplantation genetic diagnosis and parental preferences: beyond deadly disease. *Houston Journal of Health Law & Policy*, v. 2, n. 14, p. 245-270, 2009.

BBC NEWS. Designer baby row over US clinic. Março, 2009. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7918296.stm>>. Acesso em: 02 de agosto de 2015.

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BELLINO, FRANCESCO. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997.

BELTRÃO, Sílvio. Romero. *Reprodução Humana Assistida: conflitos éticos e legais, legislar é necessário*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Tradução de Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. 2ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

BERTI, Silma Mendes. O nascituro e o direito à saúde. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 99, p. 189-207, 2009.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

BÍBLIA SAGRADA. Harpa Cristã, Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2003.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, v. 17, 2º semestre de 1999.

BISCAIA, Jorge. Problemas éticos da reprodução assistida. *Revista Bioética*, v. 11, n. 2, p. 81-90, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008.

BOUTIN, Christine. Bioéthique et pensée unique. In: ISRAËL, Lucien, MÉMETAU, Gérard. *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Éditions Bassano, 1999.

BOURGET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRAGA, José Maria Frutuoso. Aspectos sócio-econômicos e religiosos da inseminação artificial humana. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, publicado em 28-05-2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 06 de outubro de 2015.

BRAZ, Marlene. Bioética, proteção e diversidade moral: quem protege quem e contra o quê na ausência de um referencial moral comum? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (org.). *Bioética: riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora Fiocruz, 2005.

CABRAL, Antônio Carlos Vieira. *Obstetrícia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revinter, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo. O Direito Biomédico e a Bioética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org.). *Biotecnologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASADO, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers* 53, p. 37-44, 1997.

CHAVES, Antônio. Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo (Transplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para "Mudança de Sexo". Direito ao Cadáver e às Partes do Mesmo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, 1977, p. 243-298.

CIPRIANI, Giovanni. *O embrião humano: na fecundação, o marco da vida*. São Paulo: Paulinas, 2007.

CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? *Revista Bioética*, Brasília, v.1, n.1, nov. 2009.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Relatório. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução Dignitas Personae: sobre algumas questões de bioética*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_po.html#_ftn35>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e a Biomedicina*. Adotada em Oviedo, em 4 de Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em 25 de março de 2016.

CORREA, Francisco J. León. El diálogo bioético em las técnicas de reproducción asistida. *Acta Bioethica*, v. 13, n. 2, 2007.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Revista Bioética*, Brasília, v.9, n.2, nov. 2009.

CORRÊA, Marilena. Medicina Reprodutiva e desejo de filhos. In: GROSSI, Miriam, PORTO, Rozeli, TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras livres, 2003.

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e Bioética: a regulação da reprodução assistida no Brasil. *Caderno CRH*, Salvador, v.18, n. 43, p. 103-112, jan/abr 2005.

CORRÊA, Sônia. “Saúde Reprodutiva”, Gênero e Sexualidade: legitimação e novas interrogações. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker. *Questões de Saúde Reprodutiva*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999.

CORREIA, Clara Pinto. *O ovário de Eva: a origem da vida*. Trad. Sônia Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CORTINA, Adela. *Ética de las biotecnologias*. ISEGORÍA/27, p. 73-89, 2002.

CORTINA, Adela. *Ética Mínima*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CORTINA, Adela. Legislation, law and ethics. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 3, Issue 1, p. 3-7, março 2000.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Madrid: Akal, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Nélia Maria Pinheiro Padilha Von Tempski-Silka. Vol. I. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

DAMENO, Roberta. *Quali regole per la Bioetica? Scelte legislative e diritti fondamentali*. Milão: Guerini Studio, 2003.

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética: segundo o enfoque da Filosofia do Direito*. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DELAISI DE PARSEVAL, Geneviève. Désir d'enfant, enfant de ses désirs, droits de l'enfant. In: *Diagnostic prénatal, Procréation médicalement assistée, Sciences de la vie et Droits de L'Homme: Des parlementaires à l'écoute*. Colloques de Juin et Septembre 1989 ao Sénat. Paris: Editions Alecandre Lacassagne, n° 146,1990.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

DINIZ, Débora. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. 2ª ed. Brasília: Letras Livros, 2006.

DONADIO, Nilson; DONADIO, Nilka Fernandes. Reprodução Humana laboratorialmente assistida. In: DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto; MELO, Nilson Roberto de (org.). *Reprodução Humana II: infertilidade, anticoncepção e reprodução assistida*. São Paulo: Organon, 1997.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *O "Ethos" médico: a velha e a nova moral médica*. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2005.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 2ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

DUSART, Anne. *La détection des anomalies foetales: analyse sociologique*. Paris: Centre Technique National d'Etudes et de Recherches sur les Handicaps et les Inadaptations, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EÇA, Lilian Piñero. Por que não à terapia com células tronco embrionárias – CTEHs? In: MARTINS, Ives Gandra (org.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. Bioética global: uma introdução ao colapso do consenso. In: ENGELHARDT JR., H. Tristram (org). *Bioética global: o colapso do consenso*. São Paulo: Paulinas: Centro Universitário São Camilo, 2012.

ENGELHARDT JR., Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ESPANHA. Ley 14, de 06 de maio de 2006. Boletín Oficial del Estado, nº 126, de 27 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

ESPANHA. Ley 35, de 22 de dezembro de 1988. Boletín Oficial del Estado, nº 282, de 24 de novembro de 1988. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Financial compensation of oocyte donors. *Fertility and Sterility*, Vol. 88, No. 2, August 2007. Disponível em: https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Ethics_Committee_Reports_and_Statements/financial_incentives.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FONSECA, Joaquim de Paula Barreto. Aspectos médico-legais da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984.

FONSECA, Simone Aparecida Siqueira da; SERAFIM, Rui Cosme. Diagnóstico das anormalidades genéticas masculinas e femininas em reprodução assistida – PGD e

avaliação dos espermatozoides. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

FOSTER, Charles. *Choosing life, choosing death: the tyranny of autonomy in Medical Ethics and Law*. Oregon: Osford and Portland, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA. *Code de la Santé Publique*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

FRANÇA. *Code Pénal*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Márcia. Repercussões das Técnicas de Reprodução Assistida. In: SEGRE, Conceição A. M.; COSTA, Helenilce de Paula Fiod.; LIPPI, Umberto Gazi. *Perinatologia: fundamentos e prática*. 2ª ed. São Paulo: Sarvier Editora, 2009.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro, Rocco, 2003.

G1 Pernambuco. *Aos sete meses, grávida de quintuplos dá à luz no Recife*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/07/aos-sete-meses-gravida-de-quintuplos-da-luz-no-recife.html>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

GALTON, Francis. Eugenics: its definition, scope, and aims. *The American Journal of Sociology*, v. X, july, 1904.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, v. 18, ano 5, p. 21-41, abril-junho, 2004.

GARCÍA, Maria del Carmen Massé. Planejamento familiar e decisões do casal. In: SANCHES, Mário Antônio (org). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GAVARINI, Laurence. Experts et législateurs de la normalité de l'être humain: vers um eugénisme discret. In: TESTART, Jacques. *Le magasin des enfants*. Paris: Éditions François Bourin, 1990.

GERT, Bernard; CULVER, Charles M.; CLOUSER, K. Danner. *Bioethics: a return to fundamentals*. New York: Oxford University Press, 1997.

GLOVER, Jonathan. *Choosing Children: the ethical dilemmas of genetic intervention*. Oxford: Oxford Press, 2006.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. v III. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil à luz dos direitos fundamentais. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRIGOLETO, Sérgio. Planejamento familiar e diagnose pré-natal de doenças genéticas e malformações congênitas. In: SANCHES, Mário Antônio (org.). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GUTIÉRREZ, A.; REMOHI, J. Doação de oócitos. In: BADALOTTI, Mariângela; TELÖKEN, Cláudio; PETRACO, Álvaro. *Fertilidade e Infertilidade Humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopia realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, n. 64, mayo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARRIS, John. Enhancements are a moral obligation. In: SAVULESCU, Julian; BOSTROM, Nick (org.). *Human Enhancement*. New York: Oxford University Press.

HENRY, Michel. Ce que la science ne sait pas. *La Recherche*, v. 208, mars, 1989.

HOTTOIS, Gilbert. Bioética. In: HOTTOIS, Gilbert, PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Tradução Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HOTTOIS, Gilbert. *O paradigma bioético*. Tradução de Paula Reis. Lisboa: Edições Salamandra, 1990.

HOTTOIS, Gilbert, MISSA, Jean Noël. *Nouvelle Encyclopédie de bioéthique*. Bruxelles: Éditions De Boeck Université, 2001.

HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 15ª ed. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

ITÁLIA. Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004. Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em 23 de abril de 2016.

JAHR F. Bio-Ethic: eine umschau über die ethischen. Beziehungen des menschen zu tier und pflanze. *Kosmos*. Handweiser für Naturfreunde. v. 24, n. 1, 1927.

JANSEN, Brigitte S. A. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? In: CASABONA, Carlos María Romeo, QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JHA, Prabhat; KESLER, Maya A.; KUMAR, Rajesh; RAM, Faujdar; RAM, Usha; ALEKSANDROWICZ, Lukasz; BASSANI, Diego G.; CHANDRA, Shailaja; BANTHIA, Jayant K. Trends in selective abortions of girls in India: analysis of nationally representative birth histories from 1990 to 2005 and census data from 1991 to 2011. *The Lancet*, v. 377, n. 9781, p. 1921–1928, 4 June 2011.

JIMÉNEZ, Pilar Nicolás. El régimen legal de la reproducción asistida em España. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire (org). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: Editora Pucminas, 2011

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em 02 de outubro de 2015.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e de Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora Puc-Rio, 2006.

JONSEN, Albert. R. A History of Bioethics as Discipline and Discourse. In: JECKER, Nancy S., JONSEN, Albert R., PEARLMAN, Robert A. *Bioethics: An Introduction to the History, Methods and Practice*. Third Edition. Sudbury: Jones & Barlett Learning, 2012.

JONSEN, Albert. *Bioethics Beyond the Headlines. Who lives? Who dies? Who decides?* Maryland: Oxford, 2005.

JONSEN, Albert R. *The birth of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998.

JORDAN, Bertrand. *O espetáculo da evolução: sexualidade, origem da vida, DNA e clonagem*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JORNAL ESTADO DE MINAS. Mulher dá à luz quadrigêmeos em Montes Claros. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/30/interna_gerais,275143/mulher-da-a-luz-quadrigemeos-em-montes-claros.shtml>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

JORNAL NACIONAL. *Médicos falam sobre reprodução assistida e seleção de embriões*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/07/medicos-falam-sobre-reproducao-assistida-e-selecao-de-embrioes.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUSNETZOFF, J. C. Aspectos emocionais do casal infértil. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997.

LACEY, Hugh. O princípio de precaução e a autonomia da ciência. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. *Scientiae Zudia*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 373-92, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1995.

LEJEUNE, Jérôme. *L'embrione segno di contraddizione: dai verbali del processo di Maryville*. Edizioni Orizzonte Medico, 1992.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 5, n. 19, ago/set, 2003.

LOPES, Joaquim Roberto Costa et AL. Inseminação Intra-uterina. In: DINADIO, Nilson. MELO, Nilson Roberto de. *Reprodução humana II: infertilidade, anticoncepção, reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Febrasgo, 1997.

LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Cadernos Pagu*, v. 19, p.233-278, 2002.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2012.

MACKELLAR, Calum; BECHTEL, Christopher. *The ethics of the new Eugenics*. New York: Oxford, Berghahn, 2014.

MADEIRA, Juliana de Alencar Auler. A responsabilidade como diretriz na bioética. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (org.). *Temas de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013.

MAZZONI, Cosimo Marco. Bioethics Needs Legal Regulation. In: MAZZONI, Cosimo Marco (org.). *A legal framework for Bioethics*. Kluwer Law International. Cambridge, USA: 1998.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, p. 71-104, 2008.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. As lacunas da legislação: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 96, p. 219-262, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Uma recordação da retórica no Fedro de Platão ou a força de resposta do discurso juspolítico inspirado na ideia de justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, p. 337-360, 2008.

MEIRA, Affonso Renato. Reprodução humana: a ética trinta anos depois. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, p. 133-139, 2008.

MELAMED, Rose Marie Massaro. Infertilidade: sentimentos que decorrem. In: MELAMED, Rose Marie Massaro, QUAYLE, Julieta (org). *Psicologia em Reprodução Assistida: Experiências brasileiras*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

MELAMED, Rose Marie Massaro, RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. O casal infértil e o profissional de saúde mental – possíveis abordagens. In: MELAMED, Rose Marie Massaro, QUAYLE, Julieta (org). *Psicologia em Reprodução Assistida: Experiências brasileiras*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

MÉMETEAU, Gérard. Bioéthique et droit: mythe ou enrichissements? In: ISRAËL, Lucien, MÉMETEAU, Gérard (org.). *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Bassano Éditions, 1999.

MEMMI, Dominique. O que fazer com o corpo hoje? In: GOUYON, Pierre-Henri; LECOURT, Dominique; MEMMI, Dominique; THOMAS, Jean-Paul; THOUVENIN, Dominique. *A bioética é de má-fé?* São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MÉNÉ, Jean-Marie Le. *Nascituri, te salutant! La crise de conscience bioéthique*. Paris: Salvator: 2009.

MIETH, Dietmar. Células-tronco: os problemas éticos do uso de embriões para pesquisa. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MILLIEZ, Jacques. *L'euthanasie du fœtus: médecine ou eugénisme?* Paris: Editions Odile Jacob, 1999.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: Os Rumos da Bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOLINA, María Elisa. Transformaciones Histórico Culturales del Concepto de Maternidad y sus Repercusiones en la Identidad de la Mujer. *Psykhé*, Santiago, v. 15, n. 2, p. 93-103, nov. 2006.

MOORE, Keith, PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. Tradução de Ariosvaldo Vulcano. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. *Bioética: do consenso ao bom senso*. Petrópolis: Vozes, 2006.

MYKITIUK, Roxanne; NISKER, Jeff. Assisted reproduction. In: SINGER, Peter A.; VIENS, A. M (org.). *The Cambridge Textbook of Bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

NEUSPILLER, N. Inseminação Artificial. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro (org.). *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os tempos, manda a vontade: o desejo e o direito a ter um filho. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (org.). *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009.

NUREMBERG CODE. Disponível em: <<http://www.hhs.gov/ohrp/archive/nurcode.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

O GLOBO. Mais da metade das clínicas de reprodução está irregular. São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mais-da-metade-das-clinicas-de-reproducao-esta-irregular-5694664>>. Acesso em: 31 de julho de 2015.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. *Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Editora Gaia, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da criança. Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 20 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 20 de abril de 2016.

PALACIO, Ramón Córdoba. Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida. *Persona y Bioética*, v. 11, n. 1, p. 54-63, 2007.

PALAZZANI, Laura. Person and human being in bioethics and biolaw. In: WEISSTUB, David N.; PINTOS, Guillermo Diaz (org.). *Autonomy and human rights in health care*. Amsterdam: Springer Netherlands.

PECCEI, Aurélio. *Cem páginas para o futuro*. Tradução de Ana Maria Batisti e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

PEGORARO, Olinto. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

PELÁEZ, Patricia López. Contrato de gestação por substituição (“mães de aluguel”) no direito espanhol. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (org.). *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PERCIVAL, Thomas. *Medical Ethics: a code of institutes and precepts adapted to the professional conduct of physicians and surgeons*. London, 1803.

PEREIRA, Gabrielle Tatith. *Pluralismo, democracia e direitos fundamentais: legislação, racionalidade emancipatória e soberania popular*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2014.

PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *Revista Bioética*, v. 21, n.1, p. 09-19, 2013.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PENA, Sérgio Danilo J.; AZEVÊDO, Eliane S. O Projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998.

PENCHASZADEH, Víctor B. Reduccionismo genético: um obstáculo para la vigencia del derecho a la salud. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; BARBOSA, Swendenberg do Nascimento (org.). *Bioéticas, poderes e injustiças 10 anos depois*. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012.

PENNINGS, Guido Pennings; MERTES, Heidi. Ethical issues in infertility treatment. *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, v.26, p. 853–863, 2012.

PETRACCO, Álvaro, BADALOTTI, Mariângela. Infertilidade: definições e epidemiologia. In: BADALOTTI, Mariângela, TELÖKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. *Fertilidade e Infertilidade Humana*. São Paulo: MEDSI, 1997.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

PIO XII. *Discurso a los participantes em el IV Congreso Internacional de médicos católicos*. Evento realizado em 29 de setembro de 1949. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1949/documents/hf_p-xii_spe_19490929_votre-presence.html>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

PIO XII. Discurso al VII Congreso de la Sociedad Internacional de Hematología. Evento realizado em 12 de setembro de 1958. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1958/documents/hf_p-xii_spe_19580912_ematologia.html>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório-parecer sobre reprodução medicamente assistida. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 44. Julho de 2004. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

PORTUGAL. Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Parecer n.º 63/2012. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneecv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=leis&artigo_id=903A0016&nid=903&nversao=&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em 16 de abril de 2016.

POTTER, Van Rensselaer. Bioethics, the Science of Survival. *Perspectives in Biology and Medicine*, v. 14, p. 127-135, 1970.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics, bridge to the future*. Englewood Cliffs: New Jersey, 1971.

PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSSEGURANÇA. Montreal, janeiro de 2000. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/biosseguranca/_arquivos/71_28112008022557.pdf>. Acesso em 22 de março de 2016.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Celia. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: Fabricando a vida, fabricando o futuro*. Tese de doutorado. Universidade Estadual de Campinas. Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, Warren T. How bioethics got its name. *The Hastings Center Report*, v. 23, n.6, nov-dec. 1993.

REICH, Warren T. The word "bioethics": its birth and the legacies of those who shaped it. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 4, n. 4, p. 319-335, 1994.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY. Inglaterra. Department of Health & Social Security. Julho de 1984. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida*. São Paulo: Casa do psicólogo, 2007.

RICARD, Marie-Andrée. Le défi du politique. In: KONICK, Thomas De; LAROCHELLE, Gilbert. *La dignité humaine: philosophie, droit, politique, économie, médecine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

RICOEUR, Paul. *O justo. A justiça como regra moral e como instituição*. v. 1. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBERTSON, Jonh A. Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth. *Virginia Law Review*, v. 69, abril, 1983.

ROBERTSON, John A. Procreative Liberty in the Era of Genomics. *American Journal of Law & Medicine*, v. 29, 2003, p. 439-487.

ROCHA, Cláudia Chagas. Criopreservação de gametas e embriões. In: ABDELMASSIH, Roger. *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

ROGIERS, Luc. *La grossesse incertaine*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

ROSE, Nikolas. *A política da própria vida: biomedicina, poder e subjetividade no século XXI*. Tradução de Paulo Ferreira Valério. São Paulo: Paulus, 2013.

ROTANIA, Alejandra. Novas tecnologias reprodutivas conceptivas no contexto da tecnociência. In: GROSSI, Miriam, PORTO, Rozeli, TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras livres, 2003.

RUSSELL, Bertrand. *O impacto da ciência na sociedade*. Tradução de Antônio Cirurgião. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-ife_po.html#_ftn32. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

SANCHES, Mário Antônio. Planejamento familiar no contexto da bioética. In: SANCHES, Mário Antônio (org.). *Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SANCHES, Mário Antônio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. In: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; BARBOSA, Swendenberg do Nascimento (org.). *Bioéticas, poderes e injustiças 10 anos depois*. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, agosto, 1988.

SANTOS, Robinson dos. O problema da técnica e a crítica à tradição na ética de Hans Jonas. In: SANTOS, Robinson dos; OLIVEIRA, Jelson; ZANCANARO, Lourenço (org). *Ética para a civilização tecnológica: em diálogo com Hans Jonas*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, July, 29, 2003.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In: SCHRAMM, Fermin Roland; REGO, Sérgio; BRAZ, Marlene; PALÁCIOS, Marisa (org.). *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ / Editora da Fiocruz; 2005.

SCHRAMM, Fermin Roland. Nihilismo tecnocientífico, holismo moral e a bioética global de V. R. Potter. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. IV, n.1, p. 95-115, mar.-jun. 1997.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p.29-41, 2007.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, v. 31, n. 5, p. 538-542, outubro de 1997.

SEGRE, Marco, SILVA, Franklin Leopoldo, SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, v.6, n.1, nov. 2009.

SEILLIER, Bernard. Le législateur face aux questions de bioéthique. In: ISRAËL, Lucien; MÉMETEAU, Gérard (org.). *Le Mythe Bioéthique*. Paris: Éditions Bassano, 1999.

SEIXAS, Constança, FARIA, Maria da Conceição. O bebê que não veio. *Análise Psicológica*, v.1, n.2, XIII, p. 101-110, 1995.

SENRA, Pedro. El derecho a la vida en el horizonte cultural de comienzos de siglo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. V. 1. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SHANNER, Laura. The Right to Procreate: When Rights Claims Have Gone Wrong. *McGill Law Journal*, vol. 40, 1995, p. 823-874.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STEVANATO, Luíza. Aspectos psicológicos da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Livraria Roca, 1984.

SUPER INTERESSANTE. *Como fazer super bebês*. Edição 301, fevereiro, 2012. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/como-fazer-super-bebes>>. Acesso em: 02 de agosto de 2015.

TALAVERA, Glauber Moreno. Reproduções assistidas: delineamentos e limitações sob uma perspectiva jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 806, dezembro, 2002.

TESTART, Jacques. *A Fertilização Artificial*. Tradução de Sônia Goldfeder. São Paulo: Editora Ática, 1993.

TESTART, Jacques. *Homens Prováveis: da procriação aleatória à reprodução normativa*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

TESTART, Jacques (org). *Le magasin des enfants*. Paris: François Bourin, 1990.

TESTART, Jacques. *O ovo transparente*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

THOUVENIN, Dominique. Les présupposés normatifs, l'intervention du jurist. In: *Diagnostic prénatal, Procréation médicalement assistée, Sciences de la vie et Droits de L'Homme: Des parlementaires à l'écoute. Colloques de Juin et Septembre 1989 ao Sénat*. Paris: Editions Alecandre Lacassagne, n° 146,1990.

UNESCO. Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2016.

UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

UNESCO. Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

UNESCO. Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução. 04 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>. Acesso em: 22 de março de 2016.

UZIEL, Anna Paula. *Família e homossexualidade: velhas questões, novos problemas*. Tese de doutorado. Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2002.

VALOR ECONÔMICO. *Agência de barriga de aluguel abre escritório em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/cultura/blue-chip/4154436/agencia-de-barriga-de-aluguel-abre-escritorio-em-sao-paulo>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

VARI, Massimo. O direito de nascer. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3ª ed. Brasília: UNFPA, 2009.

VIEJA, Teresa López de la. *Bioética: el final del consenso*. Azafea. Revista Filosófica, Universidade de Salamanca, v. 10, p. 51-74, 2008.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, v. 271, ano 76, jul/ago/set. 1980.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Editora da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WALDRIGUES, Christine Pietraróia Nogueira. O Sistema HLA. *Semina*, 8 (2), 1981, p. 219-225.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WARNOCK, Baronesa. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Infertility definitions and terminology*. Disponível em: <<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en>>. Acesso em 05 de setembro de 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Mother or nothing: the agony of infertility. *Bulletin World Health Organization*, p. 881–882, 2010. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/bulletin_88_12/en/>. Acesso em 05 de setembro de 2015.

ZEGERS-HOCHSCHILD et al. Glossary of ART Terminology. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology, 2009. *Fertility and Sterility*, v. 92, n. 5, nov. 2009.

ZINI, Júlio César Faria. Bioética: a responsabilidade no agir tecnológico e o respeito absoluto à dignidade humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 219-260, jan./jun. 2011.