

NASCER COM DIGNIDADE FRENTE À CRESCENTE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA

Maria Claudia Crespo Brauner*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. O Projeto Parental e o Direito de Gerar. 3.1 A Esterilidade e o Recurso às Técnicas de Reprodução Artificial. 3.2 A aceitação da filiação adotiva e a superação da esterilidade 4. A Justificação e os Limites a Intermediação Técnica na Reprodução Humana. 4.1 A Interação entre o Recurso à Técnica e a Proteção à Dignidade do ser Humano. 4.2 Quais os Limites Jurídicos Necessários para Garantir-se o Respeito à Dignidade do ser Humano? 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: A sociedade ocidental reconhece, desde as suas origens, a idéia de que o homem é um ser digno e, portanto, seria esta dignidade que o distinguiria das coisas e dos animais.

Se todo o ser humano merece o incondicional respeito à dignidade, este se estende ao próprio nascimento, devendo-se garantir o desenvolvimento do novo ser, nas melhores condições possíveis. Afim de delinear os contornos do princípio relativo ao respeito à dignidade desde o nascimento, é necessário enunciar quais os direitos que devem ser garantidos à criança e, especialmente, frente à instrumentalização crescente da reprodução humana, como priorizar o interesse superior da criança nascida das modernas tecnologias reprodutivas?

ABSTRACT: The western society recognizes, from your origins, the idea that the man is a to be worthy and, therefore, it would be this dignity that would distinguish him/it of the things and of the animals.

If the whole human being deserves the unconditional respect to the dignity, this he extends to the own birth, should be guaranteed the development of the new to be, in the best possible conditions. Kindred of delineating the contours of the relative beginning to the respect to the dignity from the birth, is it necessary to enunciate which the rights that should be guaranteed to the

* *Doutora em Direito pela Universidade de Rennes, França. Professora da Unisinos - RS.*

child and, especially, front to the growing instrumentalization of the human reproduction, how to prioritize the born child's of the modern reproductive technologies superior interest?

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução humana, bioética, legalização, técnica, dignidade da pessoa humana, discriminação, esterilidade, filiação.

KEY WORDS: Human reproduction, bioethics, legalization, technique, the human person's dignity, discrimination, sterility, filiation.

1. Introdução

A humanidade não cessa de surpreender-se com a evolução da ciência nas mais variadas áreas e, frente às portas do terceiro milênio, muitas inquietações vagam pelo espírito das pessoas que se sentem, de certo modo, inseguras e temerárias com relação ao mundo que deixarão para as gerações futuras. Esta inquietação apresenta interfaces tanto do ponto de vista material e/ou ambiental, que correspondem às condições de sobrevivência no planeta, a biodiversidade, a qualidade dos alimentos, da água e do ar, quanto do ponto de vista das idéias e dos valores éticos que constituirão o legado de nossos descendentes. Que tipos de ações são indispensáveis para que possamos reformular, instrumentalizar e assegurar o devido respeito a todo ser humano para que este desfrute de uma vida digna não importando sua nacionalidade, sua cor, seu credo, seu sexo, sua condição econômica ou social? Como construir uma sociedade plural, solidária onde possam conviver e dialogar pessoas de diferentes origens, costumes, tradições e regras diferentes?

Pode-se começar a formulação de respostas buscando-se indicadores da importância da técnica e dos avanços científicos surpreendentes em determinadas áreas, como a saúde, e do efetivo acesso das pessoas aos novos tratamentos terapêuticos, pois se deve buscar uma distribuição justa desses benefícios a todos que deles necessitem.

É comum afirmar-se que o desenvolvimento das Ciências biomédicas afetará, de forma profunda e irreversível, o futuro da humanidade. O que ainda não podemos responder é qual a

intensidade e quais as implicações que decorrerão deste poder oferecido pela técnica?

Com o objetivo de encontrar respostas a muitas das preocupações relativas às biotecnologias modernas, originou-se, neste final de século, um movimento que denominado de Bioética, que tem o objetivo de exteriorizar uma reação ao rápido desenvolvimento de um tecnologismo desumanizante.

Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine afirmam que: “a ética fundada na autoridade, na tradição e na natureza sofre o enorme impacto da ciência e da técnica que geram comportamentos absolutamente novos. Como a ciência e a técnica são eminentemente inventivas e criam um novo mundo, assim a ética precisa inventar-se, isto é, descobrir-se sempre de novo.”¹

Nestes últimos anos, sentiu-se a necessidade de dar-se visibilidade e instrumentalidade aos caminhos apontados por esta nova ética, sendo necessário que o Direito viesse a manifestar-se sobre determinados conflitos relevantes na aplicação das tecnologias biomédicas e, especialmente, aquelas que se relacionam diretamente com a vida humana, como no caso da medicina peri-natal, dos diagnósticos genéticos, das técnicas de reprodução artificial humana e, igualmente, sobre os transplantes e doações de órgãos. É tema de preocupação também, as questões relacionadas à morte e ao direito de morrer com dignidade, principalmente questionando-se o tratamento de doentes terminais, tratamentos paliativos e eutanásia, etc.

Neste artigo, propõe-se trazer à discussão um destes grandes desafios colocados em nossas mãos, ou seja, de contribuir para uma análise do direito de todo o ser humano nascer com dignidade.

O título do presente artigo pode evocar, talvez, a idéia de que se trata das questões ligadas ao começo da vida humana, a partir do processo que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide e sobre a proteção ética e jurídica que se deva dispensar ao conceito, durante as fases do seu desenvolvimento até o nascimento. Embora esse tema seja de alta relevância e interesse, pois, a discussão sobre a condição jurídica do embrião, do nascituro

¹ PESSINI, Léo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, *Problemas de Bioética*, Loyola, São Paulo, 1998, p. 83.

ou do conceito, ainda seja controvertida nas mais diversas concepções: jurídica, religiosa, científica e filosófica, constitui, permanentemente, uma questão, de difícil consenso.

De fato, a definição de se o embrião é ou não é uma pessoa, representa uma das grandes e constantes indagações que envolvem questões teológicas e, mesmo, metafísicas, não cabendo ao jurista ou legislador tratar de um tema que séculos de humanidade ainda não souberam com segurança definir. Para tratar do tema, desenvolveram-se diversas teorias, entre elas, a concepionalista, a genético-desenvolvimentista e a natalista.

Sabe-se que as mais diversas legislações ocidentais retomam invariavelmente, o debate antigo sobre a legalização do aborto, temática que releva de tratamento interdisciplinar profundo e refletido. Nesta exposição, propõe-se delimitar a abordagem do tema, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, do seu significado no mundo moderno, tratando-se de seus contornos e conteúdo.

Num segundo momento, aborda-se o projeto parental e o direito de gerar e quais as condições que seriam necessárias para que uma criança seja gerada com dignidade.

E, ao final, enfoca-se a justificação e os limites desejáveis à intermediação técnica na reprodução humana, tratando-se de demonstrar como assegurar uma interação entre a técnica e a proteção à dignidade, tentando de enumerar-se quais os procedimentos aceitáveis na instrumentalização da reprodução humana e quais seriam os limites jurídicos necessários para garantir-se o respeito à dignidade do ser humano?

2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O reconhecimento da dignidade do ser humano é um dos princípios mais antigos e, talvez mesmo, latente da civilização, desde seus primórdios. Tanto a concepção romana da “dignitas” quanto à concepção instituída pelo Cristianismo, segundo a qual o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, coloca todos os homens como pessoas dignas de respeito, em igual medida.

O reconhecimento do princípio da dignidade do ser humano nos faz aceitar a sua qualidade de ser humano como tal, e de

intuir a sua supremacia em relação aos outros seres e objetos da natureza: os animais, as plantas e as coisas, assim como de estruturar o princípio da igualdade dos homens entre si. Em diversos momentos da história, pode-se questionar desta “superioridade” auto-atribuída pelo homem em relação aos outros seres vivos frente à capacidade destrutiva do homem...

De todo modo, independentemente de suas qualidades pessoais ou sociais, ou capacidade físicas ou mentais, o ser humano não pode ser objeto de nenhum tipo de discriminação e, muito menos, ser utilizado como instrumento (coisa) para atingir objetivos que sejam alheios às necessidades da realização integral da pessoa humana.

É a afirmação de Kant que considera “o homem com um fim em si mesmo e não, simplesmente, um meio”.

Sendo, portanto, o homem um ser racional, implica em considerar que ele tem autonomia moral e, portanto, pode-se considerar que a liberdade é inerente à dignidade do ser humano.

A importância do papel, desempenhado pelo princípio da dignidade do ser humano, justificou a sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e na maioria dos tratados e convenções internacionais bem como, sua inclusão em um grande número de constituições.

Toda a filosofia dos direitos humanos, desenvolvida pela Modernidade, estabelece sua base neste mesmo princípio. Portanto, a idéia principal é de sustentar-se que a dignidade do homem e todos os direitos destinados à preservá-la, pertencem ao homem pelo único fato do seu nascimento. Mesmo que pareça difícil a compreensão da idéia de dignidade, podemos afirmar que este fundamento está presente no pensamento jurídico moderno.

Na afirmação de Chaim Perelman: “se é o respeito à dignidade da pessoa humana que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa, como na pessoa dos outros.”²

² PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 401.

A Constituição Federal brasileira de 1988, inclui em seu artigo 1º, inciso III, a referência ao princípio da dignidade do ser humano como um dos fundamentos do Estado democrático de direito.

A este princípio cada vez mais se faz referência quando das recentes possibilidades oferecidas pela biomedicina. Saber-se até que ponto uma manipulação biológica pode atentar contra a dignidade do ser humano traz a necessidade de que o Direito se manifeste através de uma intervenção precisa, refletida que invoque também outros direitos garantidos constitucionalmente, afim de criar-se soluções que resgatem uma certeza de uma proteção jurídica à individualidade e uma base para a existência humanamente justa.³

Tenta-se assim analisar, primeiramente, no que consiste o direito de gerar e o projeto parental afim de discutir-se sobre o direito dos casais estéreis de recorrer às técnicas de procriação artificial e de realizar este direito. Como garantir que a criança que venha a nascer de tais procedimentos seja gerada num contexto que assegure o respeito ao princípio da dignidade humana ?

3. O Projeto Parental e o Direito de Gerar

O desejo de ter filhos constitui um objetivo na vida para a maioria das pessoas que chegam a idade adulta. Mas, o momento de concebê-los e o número de filhos que pretendem ter é definido e programado antecipadamente pelo casal, no intuito de proporcionar melhores condições de vida a uma prole reduzida e de possibilitar a realização pessoal e profissional de cada um dos cônjuges. Torna-se natural, igualmente, a opção das pessoas em não gerar, mesmo quando vivem em uma relação afetiva estável. Essas questões evoluíram muito, pois em outros tempos, os casais procuravam uma descendência numerosa que correspondesse à necessidade de mais força de trabalho e de sobrevivência do grupo familiar.

É conhecido o fato de que alguns países ocidentais, justamente aqueles que desfrutam de melhores condições de vida, confrontam-se nas últimas décadas com problemas ligados à esterilidade. Isto reflete, negativamente, na já diminuta taxa de

³ CASABONA,P. 47.

nascimentos que apresentam certos países. Entretanto, mesmo que eles disponham das melhores condições médicas e tecnológicas, as soluções terapêuticas para identificação das causas e do tratamento das doenças ou disfunções ligadas à reprodução humana constitui uma grande dificuldade.

“Nos nossos dias, os distúrbios dos mecanismos fisiológicos da reprodução constituem problema médico-social generalizado e de progressiva incidência que atinge uma assinalável camada da população em idade procriativa, envolvendo milhares de casais.”⁴

E, justamente quando tudo é tão programado e organizado na vida dos casais, a não realização do objetivo de gerar um filho traz consigo um conteúdo de indignação e de frustração do homem e da mulher. Eles questionam dos motivos pelos quais a natureza pode negar-lhes este acontecimento tão desejado!

Faz-se necessário construir uma reflexão sobre o papel do filho na satisfação dos desejos de realização do indivíduo na sociedade, sobre a imperatividade em provar-se a todos sua fertilidade e sua capacidade de gerar um ser “perfeito”, à imagem dos pais. Será que o filho é gerado por ele mesmo ou pelo que ele representa para a sociedade?

Nesta busca de satisfação ao desejo de gerar, pode-se encontrar vaidade e egoísmo, pois certos casais vêm na criança um objeto, um valor a ser perseguido para o qual todos os meios justificam a realização do projeto. Alguns valores de nossa “sociedade de consumo moderna” enaltecem a concepção hedonista do mundo e, a impossibilidade de transmitir a vida é vivenciada, às vezes, com dramaticidade e reconhecimento de fracasso.

Entretanto, mesmo que a medicina moderna tenha trazido soluções para alguns casos de esterilidade e continue desenvolvendo rapidamente o domínio sobre as técnicas de reprodução artificial, nem todos os casos conseguem solução satisfatória.

⁴ A. e T. Almeida Santos. “Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida”. in *Bioética*. Coordenação de Luís Archer; Jorge Biscaia; Walter Osswald, Lisboa, Verbo, 1996. p. 269.

A certeza é que desde o ano de 1978, quando veio ao mundo o primeiro bebê de proveta, “Louise Brown” os casais com problemas de esterilidade respiraram esperançosos. E, a partir deste momento, as técnicas de reprodução artificiais não pararam de evoluir e de diversificar seus métodos.

A possibilidade de recorrer-se às técnicas de reprodução artificial é uma realidade na maioria dos países que dispõem de tecnologia nesta área e, sem dúvida, devemos considerar que muitos casais vivem a sua esterilidade como um defeito físico e, também, como causa de alienação ou exclusão social. Por esses motivos, devemos compreender o direito dos casais estéreis de recorrer à utilização das técnicas de reprodução artificial sendo que, trata-se de um tratamento de saúde, de ordem reprodutiva, que não deve ser vedado à pessoa que dele necessite.

3.1 A Esterilidade e o Recurso às Técnicas de Reprodução Artificial

Um dos aspectos apontados como responsável pelos distúrbios e disfunções ligadas à atividade reprodutora humana está relacionado ao fator idade das mulheres que desejam engravidar, aos longos anos de utilização de métodos contraceptivos e, igualmente, ao fator psicológico, relacionado ao *stress* da vida moderna.

De fato, observa-se que as mulheres aguardam mais tempo para ter filhos. Este acontecimento está ligado à necessidade de formação profissional, realização afetiva e conquista de objetivos no âmbito pessoal e profissional.

A necessidade da mulher garantir sua emancipação, sua independência econômica e a aquisição de experiência fez com que o projeto de gerar fosse retardado, deixado para o futuro. O encontro do companheiro ideal para partilhar este projeto de parentalidade também é um fator a ser considerado.

Na opinião do Professor David Le BRETON, “a contracepção e a possibilidade do aborto legal, em diversos países, mudou ontologicamente a relação da mulher com seu corpo e com sua

necessidade de gerar, ambos tornaram-se extremamente programáveis.”⁵

Constata-se então que a primeira gravidez tão programada para depois dos trinta anos, momento em que a mulher parece estar preparada para o acontecimento, nem sempre obtém a pronta resposta das suas funções reprodutoras. Neste ponto, a mulher busca os recursos médicos disponíveis para solucionar o impasse.

No momento em que o casal busca o socorro científico, eles querem uma solução rápida e vencedora. A mulher não pode esperar mais porque a natureza não lhe concede outra prorrogação, instala-se, assim, uma luta contra o tempo.

“A esterilidade afetaria segundo as diversas estatísticas, entre 10 a 15% dos casais humanos e esta constatação está relacionada aos seguintes fatores:

- a) aumento da incidência de situações que detectam fatores de ordem masculina;
- b) incremento de patologia dependente de doenças sexualmente transmissíveis;
- c) adiamento da idade desejada para a primeira gestação, com inevitáveis conseqüências sobre a fecundidade;
- d) prática mais generalizada do aborto e utilização de métodos contraceptivos perniciosos para uma futura concepção;
- e) verificação, com alguma freqüência de seqüelas de tuberculose genital feminina;
- f) exposição excessiva a fatores tóxicos e ambientais com efeitos deletérios nos mecanismos que asseguram a reprodução.”⁶

⁵ David le Breton, “L’embryon médicalement assisté”, in *L’embryon Humain. Approche multidisciplinaire*, Direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, Economica, 1996. p. 10.

⁶ A. e T. Almeida Santos, ob. cit., p. 269.

E, percebe-se igualmente a influência das manifestações psicológicas que consideramos como um dos elementos de bloqueio da função reprodutiva: a ansiedade, a angústia e a sensação de frustração. É também conhecido o fato de que em 10% dos casos de esterilidade não se detecta nenhuma causa presumível da impossibilidade de engravidar e que 40% das esterilidades conjugais são atribuídas ao fator masculino.⁷

Muitas vezes, a dificuldade em engravidar é contornada e, com um certo alívio, podemos constatar que muitas mulheres finalmente, conseguem realizar seu projeto de maternidade do modo, digamos, convencional, ou seja, o bebê é “feito em casa” com a participação do marido ou do companheiro.

Aquelas que não foram bem sucedidas no tratamento de esterilidade, deverão recorrer às clínicas e profissionais da reprodução artificial humana, ou se inclinam ao projeto adotivo, frente à impossibilidade de gerar, diagnosticada como definitiva ou sem causa aparente.

3.2 A aceitação da filiação adotiva e a superação da esterilidade

O recurso à adoção se apresenta como uma das maneiras de realização do desejo de ter um filho, sem que exista a gravidez da mãe, pelo menos do ponto de vista biológico, pois do ponto de vista psicológico este filho já existe, é primeiramente imaginário, no espírito dos pais e o processo adotivo implica em fazer a passagem entre o filho imaginário e o filho real, que assumirá este papel, de forma definitiva na vida do adotante.

Diz-se que a adoção serve para comprovar o processo de desbiologização da filiação, pois a noção de descendência genética perde, neste momento, para o critério afetivo das relações paterno-filiais.⁸

“As relações de consanguinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas

⁷ A. e T. Almeida Santos, ob. cit., p. 271.

⁸ João Batista Villela. “Desbiologização da paternidade”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, p. 49.

da afetividade. Difunde-se, finalmente no Brasil, a convicção de que pais são os que criam e não os que procriam.”⁹

Como afirmava a psicoterapeuta francesa Françoise Dolto “toda a filiação é adotiva porque é necessário o ato de aceitação da criança como filho para que exista realmente essa vinculação afetiva entre mãe e filho ou pai e filho.”

Para aquela pessoa que adotou e que vivenciou a experiência positivamente, a questão da esterilidade parece estar superada, a longa espera pelo filho acabou, a satisfação de criar, educar e amar uma criança se completa. Poderíamos afirmar, então, que ambos são vencedores: a mulher que se torna mãe pela adoção e a criança que recebe uma segunda chance de encontrar alguém que a aceita como filho ou filha.

Entretanto, embora sendo a adoção uma experiência construtiva e enriquecedora, ela não constitui o caminho escolhido por todos os que não podem gerar naturalmente.

4. A Justificação e os Limites a Intermediação Técnica na Reprodução Humana

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

Considerando-se as diversas possibilidades oferecidas, a mulher, seguindo o conselho médico, poderá escolher a inseminação artificial homóloga ou heteróloga, a fecundação artificial *in vitro* com participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (FIVETE), pela transferência intra-tubária de gametas (GIFT), ou ainda, por outras técnicas mais complexas que podem envolver doadora de óvulo, doação de embriões, ou até mesmo

⁹ Paulo Luiz Neto Lobo, “A repersonalização das relações de família”, in O Direito de Família e a Constituição de 1988, Coordenação de Carlos Alberto Bittar, São Paulo. Saraiva. 1989. p.

a maternidade de substituição. Enfim, os procedimentos cada vez mais se diversificam, buscando-se maior índice de sucesso nos resultados.

Sem querer adentrar nos aspectos científicos de cada um destes procedimentos, pode-se, de antemão, perceber os envolvimento éticos e os riscos que estão presentes na utilização destas técnicas sem a existência de uma legislação que organize, estabeleça critérios e responsabilidades pelos descaminhos que podem, certamente, envolver a vida e os direitos elementares da criança nascida de tais intervenções.

E é, justamente, neste vazio normativo que se encontra o Brasil, até o presente momento, embora já existam alguns projetos de lei visando regular as referidas técnicas.

Sabe-se que, embora muitas legislações já tenham sido elaboradas com o intuito de organizar a realização das reproduções artificiais humanas em diversos países, no Brasil, conta-se tão somente com a Lei 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Ela é uma lei pouco conhecida fora da classe médica, mas teve a preocupação em elencar alguns princípios básicos organizando a matéria.

Frente à gama de possibilidades que se apresentam à mulher e ao homem, envolvendo a realização do seu projeto de parentalidade, cabe fazer-se uma reflexão sobre quais os procedimentos que podem ser realizados sem afrontar diretamente o direito da criança vir ao mundo, respeitando-se o seu direito de nascer com a dignidade devida a todos os seres humanos.

Concretamente, quais seriam os elementos mínimos indispensáveis para se nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana?

4.1 A Interação entre o Recurso à Técnica e a Proteção à Dignidade do ser Humano

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

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

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

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

Neste sentido, sempre haverá a necessidade de ponderar-se sobre os interesses que estão envolvidos e os riscos decorrentes de cada tipo de procedimento científico. Por exemplo, com relação aos procedimentos ligados à possibilidade de diagnóstico genético pré-implantatório e de intervenções sobre o embrião ou a sua criopreservação, podemos considerar que se a intervenção visar a saúde, o desenvolvimento de uma gravidez com sucesso, poderão ser permitidas tais manipulações científicas. Do contrário, deverão ser proibidas tais manipulações. Este tema merecerá regulamentação jurídica objetiva, evitando-se a mera experimentação sobre o embrião, sem fins terapêuticos.

Dentre as diversas técnicas de procriação artificial, uma delas reveste-se de um contexto especialmente delicado e complexo: trata-se da opção pela monoparentalidade da mulher só que recorre à técnica de reprodução artificial com a participação genética de doador anônimo, ou do caso em que a mulher pretende ser inseminada com o esperma do marido ou companheiro pré-morto.

A situação que atualmente preocupa os pesquisadores na área do Direito de Família é que quando o projeto de gerar exclui por antecipação a possibilidade desta criança saber quem é o pai, ela ficará privada de um dos laços de filiação e não terá a possibilidade de buscá-lo em justiça.

A questão se torna ainda mais delicada quando se trata de inseminação artificial *post mortem*, quando a criança será concebida deliberadamente numa situação de orfandade.

Nestas duas situações, acima referidas, a criança nascerá sem a perspectiva de conhecer seu pai, de dispor da figura materna e paterna concomitantemente em sua vida e isto, em virtude da decisão da genitora que decide sozinha. Será que a decisão desta mãe não afronta direta e irreversivelmente os direitos do filho?

Esta situação deve ser permitida e, devem ser tolerados todos os reflexos diretos na vida deste novo ser?

Observe-se bem que, aqui não tratamos do caso da mãe solteira que foi abandonada pelo namorado quando engravidou ou da esposa grávida que ficou viúva, pois estes fatos escapam normalmente da esfera de decisão da mulher e a criança, mesmo não desfrutando da presença do pai em sua vida, poderá, no primeiro caso, saber quem é o pai, conhecê-lo e até estabelecer judicialmente a filiação, ou, no segundo caso, a criança saberá que ela poderia ter tido a sorte de conhecer seu pai se a morte, normalmente imprevisível, não o tivesse arrebatado deste mundo.

Com efeito, cabe analisar se esse direito ao filho pode ser limitado ou não, e se o interesse superior da criança pode ser considerado realmente ferido quando se inviabiliza o conhecimento de sua ascendência paterna?

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

4.2 Quais os Limites Jurídicos Necessários para Garantir-se o Respeito à Dignidade do ser Humano?

A questão é de saber se todo e qualquer modo de gerar, através das procriações artificiais deve ser permitido? Se nenhum

limite deve ser imposto à mulher que deseja escolher a denominada “produção independente” ou recorrer à maternidade por substituição? E, poderá a mulher querer gerar este filho ou pedir para outra o fazê-lo em qualquer condição, por exemplo, após os sessenta anos?

Levando-se em consideração a opinião de diversos especialistas que se pronunciaram sobre essas novas técnicas, constata-se que muitas questões são polêmicas, pois a formação de novas famílias constituídas com patrimônio genético de sujeitos anônimos, ou não, suscita sérias inquietações que envolverão, certamente, direitos a proteger e conflitos a solucionar. E, qual será o encaminhamento jurídico a ser seguido nestes casos?

O tratamento jurídico desta problemática já constitui uma realidade em certos países europeus que elaboraram leis específicas regulando a utilização das técnicas de reprodução artificial. A leitura destas disposições normativas leva-nos a distinguir precipuamente duas posições: primeiramente aquela adotada por legislações que outorgam talvez a primazia ao desenvolvimento tecnocientífico, entre eles a Espanha, Reino Unido e França e, outra posição mais restritiva, que coloca em relevo o interesse das pessoas envolvidas nessas novas práticas e, em especial, o interesse da criança nascida de tais procedimentos, que caracterizam as previsões das leis da Alemanha, Áustria, Suécia, Noruega e Suíça.

Essencialmente, no aspecto que interessa a este estudo, estas previsões normativas se distinguem entre aqueles países que autorizam a mulher a fazer recurso da inseminação artificial heteróloga mesmo sem ser casada ou, vivendo em união estável com pessoa de outro sexo, e entre aqueles países que restringem ou proíbem o acesso a estas técnicas por mulheres isoladas, sem cônjuge ou companheiro. Com relação à maternidade por substituição, a quase totalidade dos países foi desfavorável a esta técnica, em virtude dos conflitos que ela cria para o estabelecimento da filiação.

A Lei Espanhola de nº 35 de 1988 adota a primeira posição, pois elimina qualquer limite ao direito da mulher de fundar uma família, autorizando igualmente a inseminação *post mortem* desde que, o marido ou companheiro tenha dado seu consentimento por ato notarial ou testamento e, com a condição de que a

inseminação seja feita nos seis meses após a morte (artigos 6º e 9º da Lei).

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

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

Com relação ao procedimento da maternidade por substituição, as posições se assemelham no sentido de desaconselhá-la ou, até mesmo considerá-la um ilícito penal.

As legislações britânica, espanhola, austríaca desencorajam o recurso a esta técnica enfatizando o princípio *partus sequitur ventrem*, ou seja, é considerada a mãe aquela que dá a luz. Deste modo, a criança será filha da mulher que a gerou, mesmo que a contribuição genética seja de outra.

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

Somente para exemplificar, o direito alemão recorreu ao direito penal para tornar um ilícito a maternidade de substituição. Na Suíça foi introduzida, em disposição constitucional, a interdição da doação de embrião e a as formas de maternidade de substituição.

Enfim, o Parlamento Europeu em sua Resolução de 16 de março de 1989, sobre a fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* adotou um critério restritivo com relação às procriações heterólogas, declarando que: “será benéfico para a criança que exista concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal. Assim, a fecundação heteróloga ou a fecundação *in vitro* também heteróloga,

não são desejáveis, tratando-se de doação de esperma, ou de óvulos ou de sua conservação criogênica.”¹⁰ Igualmente considera que “toda forma de maternidade de substituição deve, em geral, ser rejeitada”.

O estudo destas legislações e os fundamentos que ensejaram a escolha por uma ou por outra posição, foi objeto de um artigo de Roberto Andorno, que concluiu da seguinte maneira: “O direito dos países europeus se encontra profundamente dividido sobre a atitude a tomar em relação as procriações artificiais. Estas últimas e, sobretudo as modalidades heterólogas e de fecundação *in vitro*, criam graves conflitos entre o desenvolvimento tecnocientífico, de um lado, e a integridade física e psíquica das pessoas envolvidas, de outro. O legislador, inspirado nos princípios personalistas segundo os quais, a pessoa deve sempre ser considerada como um fim em si mesma e não como um meio, deve proteger especialmente o interesse da criança a ter uma família biparental constituída por seus pais biológicos. Ao mesmo tempo, a vida humana merece ser protegida desde o início de sua existência dos riscos de dominação pela técnica.”¹¹

Pode-se afirmar e, parece plenamente procedente, a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Os motivos evocados para restringir-se a esse acesso ilimitado às técnicas, ora referidas, fundamenta-se em rejeitar o tratamento da criança como sendo uma “coisa”, “um objeto-devido”, negando-se irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.

Não é apenas o exercício da liberdade individual que deve ser observado quando da possibilidade de gerar uma criança através de uma inseminação artificial com doador ou inseminação artificial *post mortem*, mas também estão em jogo outros interesses relevantes.

¹⁰ Sobre a questão ver: Roberto Andorno, La distinction juridique entre les personnes et les choses: à l'épreuve des procréations artificielles, Paris, LGDJ, 1996.

¹¹ Ver: Roberto Andorno, “Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?” Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, n. 1, 1994, p. 141-152.

“O direito-liberdade de fundar uma família muda de aspecto porque ele não implica simplesmente no exercício de uma liberdade individual, na esfera íntima da vida privada, mas a intervenção ativa de terceiros, jungidos às regras profissionais e, - porque está em jogo uma criança - a responsabilidade do Estado igualmente será evocada.”¹²

Primeiramente, não se trata de colocar a discussão simplesmente sobre aspectos psicológicos, morais ou religiosos com relação à geração de uma criança com participação genética de doador anônimo ou de pai pré-morto mas, de saber se é justo uma criança não ter acesso à sua ascendência paterna?

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

Veja-se, justamente, que o direito a um ter pai e uma mãe e de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não se concretizar, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito à biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, mas também, tenha-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais.

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

É de se ressaltar que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar e que, portanto, em virtude do critério do anonimato e segredo da

¹² Marie-Thérèse Meulders-Klein, “Le droit de l’enfant face au droit à l’enfant et les procréations médicalement assistées”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, 1988. p. 645.

identidade do doador não poderá desvendar jamais à criança o nome de seu genitor.

A família deste final de século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, afirmamos que o critério biologista, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens devem ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.

Algumas pessoas defendem a idéia de que a criança possa investigar a paternidade do doador ou, pelo menos, tenha o direito de conhecê-lo, sem estabelecer o vínculo jurídico da paternidade, em virtude do respeito ao direito de toda pessoa de conhecer suas origens.

Se a família, na aceção moderna, não se define mais nos moldes da família patriarcal, formada pelo pai, a mãe e os filhos destes, superando-se o critério biologista que atribuía valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e direito às origens, cumpre dar o lugar à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica, às famílias monoparentais e às famílias reconstituídas.

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

5. Conclusão

Pode-se considerar que o filho desejado e buscado será bem vindo e que o projeto de parentalidade pode ser exercido normalmente, mesmo sendo ele decorrente das técnicas de procriação artificiais.

Acredita-se que a verdade sobre as condições peculiares do nascimento da criança deve ser revelada, no momento oportuno, e que esta criança não será nem mais, nem menos problemática do que é uma criança que vem ao mundo pelo modo natural, pois ela também fará parte de uma sociedade composta de seres tão problemáticos e complexos, mas, igualmente tão esperançosos no futuro.

Entretanto, o direito de dar a vida só poderia ser cerceado ou limitado se a pessoa não apresentasse condições psíquicas para se ocupar de uma criança, por doença mental ou se sua intenção de gerar fosse imoral ou ilícita ou ainda, desvirtuasse a idéia, menosprezando o papel e a responsabilidade do genitor ou genitora na vida do filho.

Deste modo, é recomendável que se proceda um estudo antecipado do perfil da pessoa que recorre aos centros de reprodução artificial, conheça-se as motivações que lhe impulsionam a realizar o projeto parental. Havendo preparo para o acontecimento, tudo deverá se passar como uma gravidez normal e estará superado o impasse da esterilidade através do auxílio do homem às forças da natureza.

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

Esta abordagem, que não teve por intuito exaurir questão tão delicada e complexa, somente nos inclina a apresentar algumas idéias-força que poderiam nortear a elaboração de uma futura lei regulando a realização das reproduções artificiais humanas no Brasil, dando-se ênfase a alguns posicionamentos que podem oferecer subsídios para conciliar o direito de gerar com o respeito à dignidade da criança gerada através da intermediação científica:

1º - A possibilidade do recurso às técnicas de reprodução artificiais deveria estar disponível a todas as pessoas com problemas de esterilidade, devidamente constatado por profissional

especialista, pois o direito de gerar é um direito fundamental do ser humano;

2º - Devem ser permitidas as técnicas de reprodução artificiais desde que não atentem contra o princípio da dignidade do ser humano, garantindo-se, por exemplo, a gratuidade das doações de células germinativas ou embriões;

3º - O interesse superior da criança deve ser preservado, toda a criança deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver com dignidade. O afeto necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física.

4º - A elaboração de uma lei deverá se ater ao princípio da dignidade, sem se pautar, por um lado, no critério exclusivo do domínio científico da técnica reprodutiva e nem por outro lado, na total discricionariedade da sua utilização.

6. Referências Bibliográficas

- ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*. Paris: LGDJ. 1996.
- _____. "Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: Primauté de la technique ou la primauté de la personne?". *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris. n. 1. 1994. p. 141-152.
- ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge e OSSWALD, Walter. **Bioética**. Lisboa: Verbo. 1996.
- CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-anne; REVET, Thierry (Direção de). *Droits et Libertés Fondamentaux*. Paris: Dalloz. 1997.
- GOMES, Orlando. **O novo Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris. 1984.
- FACHIN, Luis Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

- _____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris. 1992.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Procriações artificiais e o Direito.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva. 1989.
- DELINSKI, Julie Cristine. **O novo Direito da Filiação.** São Paulo: Dialética. 1997.
- FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte (Direção de). **L'embryon humain.** Paris: Economica. 1996.
- CONSEIL D'ETAT. **Statut et protection de l'enfant.** Paris: La documentation française. 1991.
- SOULÉ, Michel. "L'enfant imaginaire, l'enfant dans la tête". **Revue Autrement. Objectif bébé. Une nouvelle science: la bébologie.** Paris: Seuil. n. 72. 1985. p. 47-56.
- LEMAIRE, Jacques et SUSANNE, Charles (Dossier édité par). **La pensée et les hommes. Bioethique: jusqu'ou peut-on aller?** Bruxelles: Université de Bruxelles. Nouvelle série, n. 31. 1996.