

ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ETHICAL AND LEGAL ASPECTS OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Loreanne Manuella de Castro França¹
Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral²

RESUMO

O tema da presente pesquisa, “Aspectos Ético-Jurídicos da Reprodução Humana Assistida”, é caracterizado pela necessidade de se trabalhar a relação da reprodução humana assistida, suas técnicas, procedimentos e resultados, com a ética. O problema é demonstrado na medida em que, em razão de serem estéreis ou inférteis, muitas pessoas estão recorrendo aos procedimentos de reprodução assistida para alcançar o objetivo da maternidade/paternidade biológica, dos quais decorrem diversos questionamentos no campo da ética, visto que trazem novas possibilidades de geração de vida e de parentesco. Assim, pretende-se verificar se as implicações advindas da realização dessa forma de procriação humana são condizentes com os preceitos éticos, morais e valores ínsitos no ser humano. Considerando que os problemas que se impõem nessa seara são inúmeros, foram separados três aspectos a serem tratados: os possíveis riscos para a gestante e para a criança gerada artificialmente; a manutenção de características fenotípicas entre o doador do material genético e os interessados na reprodução assistida heteróloga; e a gestação em útero alheio (barriga de aluguel). Por fim, é ressaltada a ausência de legislação específica que cuide desses assuntos, a fim de que pelo menos na esfera jurídica essas questões sejam resolvidas.

PALAVRAS-CHAVE

Reprodução humana assistida; ética; riscos; fenótipo; gestação em útero alheio.

ABSTRACT

The theme of this research, "Ethical and Legal Aspects of Assisted Human Reproduction," is characterized by the need to work on the relationship of assisted human reproduction, techniques, procedures and results, with ethics. The problem is demonstrated in that, because they are sterile or infertile, many people are turning to assisted reproduction procedures to achieve the goal of biologic motherhood/fatherhood, of which a number of issues arise in the field of ethics, since they bring new possibilities generation of life and kinship. Thus, intends to examine the implications arising from the completion of this form of human procreation are consistent with the ethical, moral and values inherent in humans. Whereas the problem which are numerous in this harvest were three separate issues to be discussed: the possible risks to mother and child artificially generated, and the maintenance of phenotypic characteristics between the donor's genetic material and those interested in assisted reproduction heterologous, others in the uterus and pregnancy (surrogate motherhood). Finally, it is emphasized the absence of specific legislation that addresses these issues, so that at least those on the legal issues are resolved.

KEY-WORDS

Assisted human reproduction; ethics; hazards; phenotype; pregnancy in the uterus of another.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestranda em Direito Negocial pela UEL/PR, bolsista CAPES/DS, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL/PR; loreannemcf@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP, mestre em Direito Negocial pela UEL/PR; anaclaudiazuin@live.com.

Desde a segunda metade do século XX, constatando a existência de pessoas ou casais inaptos a gerarem uma vida por si só, em razão de infertilidade ou esterilidade examinada, foram surgindo vários avanços tecnológicos na área da saúde e dentro das chamadas “ciências da vida”, nas quais se podem inserir os estudos da engenharia genética, notadamente quanto ao início e ao fim da vida humana e novos métodos de reprodução humana.

No entanto, com o advento dessas novas técnicas, surgiu a necessidade de se haver um diálogo entre pesquisadores, médicos, juristas, religiosos e o povo, a fim de que pudessem refletir e responder a algumas questões problemáticas, tais como: pode-se desenvolver tudo o que for possível na ciência e na tecnologia em prol da procriação? A moral e o Direito são capazes para analisar e resolver os problemas que surgirem da aplicação dessas novas técnicas? Deve-se estabelecer um limite para o uso e aplicação dos novos conhecimentos? (LEITE, 1995, p. 131).

A partir de 1978, quando houve, na Inglaterra, o nascimento da primeira criança concebida em laboratório, por meio de fertilização *in vitro*, as técnicas de reprodução humana assistida tornaram-se mais conhecidas e, com isso, aumentou o número de pessoas inférteis com o interesse de recorrer a elas para realizar o desejo da maternidade/paternidade.

Então, foram notados novos fins para a reprodução humana assistida e não apenas aquele tradicional intento de um casal, unido legalmente pelo matrimônio ou pela união estável, obter um filho gerado biologicamente, em face de sua infertilidade.

Nesse ponto, surgiu a possibilidade da popularmente conhecida “produção independente”, que ocorre quando uma pessoa tem o seu filho sozinha, solteira, utilizando-se de banco de material genético armazenado, bem como da geração biológica de um filho por parte de um casal homossexual, que também sucede dessa mesma forma, entre outras espécies de realização da procriação artificial, o que trouxe questionamentos quanto à determinação da filiação e parentesco.

Assim, diante dessas breves considerações, observa-se que o surgimento e a aplicação frequente das técnicas de reprodução humana assistida perturbam mentes que possuem imagens e conceitos de formas de procriação e parentescos tradicionais, já que traz várias possibilidades de criação de uma vida humana, além das elucidadas acima.

Em decorrência, passa-se a questionar a eticidade dos procedimentos de reprodução humana assistida, pela colocação de verdadeiros enigmas a serem resolvidos por profissionais das mais diversas disciplinas envolvidas, em especial os estudiosos da Bioética e do Biodireito.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Genival Veloso de França (2001, p. 225) define a reprodução assistida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”.

Quanto à utilização dos gametas para a fertilização, a reprodução assistida é classificada de duas formas: reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga. A reprodução assistida homóloga, também chamada de interconjugal, é aquela realizada com os gametas do próprio casal, ou seja, o material genético utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga, denominada também de supraconjugal, é a que se efetiva com a utilização de gametas oriundos de terceiros, podendo ser parcial, quando um dos gametas é doado e o outro é de um dos cônjuges ou companheiros, ou total, quando os dois gametas são obtidos por doação (DALVI, 2008, p. 190 e 193).

De acordo com as lições de Enrique Varsi Rospigliosi (2001, p. 260), há uma terceira forma de realização da reprodução assistida, que é a mista, considerada em algumas legislações como uma forma de manipulação genética e em outras como uma variante da técnica heteróloga.

Rospigliosi assim conceitua tal forma de reprodução assistida:

También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando espermias de varios varones con los del marido. Su finalidad, al parecer, estaria dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá una esperanza, que fue su esperma, y no el del tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente (ROSPIGLIOSI, 2001, p. 260).

Em face do conceito e classificações citadas, vislumbra-se que na realização de um procedimento de reprodução humana assistida homóloga, busca-se apenas superar uma deficiência na fecundação, tendo em vista que os gametas empregados são do próprio casal paciente. Isso significa que somente a fecundação ou inseminação é realizada fora do útero, não restando dúvidas quanto à filiação e parentesco.

Maria Helena Diniz (2008, p. 525) apresenta entendimento no sentido de que “a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns

problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira)”, como a concordância expressa dos interessados para a coleta e utilização do material genético.

Todavia, afirma que na inseminação artificial heteróloga os problemas jurídicos e morais são maiores, entre eles:

- a) Desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. [...]
- b) Possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. [...]
- c) Falsa inscrição no registro civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga durante o casamento, desde que haja prévia autorização do marido. [...]
- d) Dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos [...].
[...]
- f) Introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética;
- g) Arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio;
- h) Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado [...] (DINIZ, 2008, p. 528/531).

Vislumbra-se que na reprodução assistida heteróloga, por várias razões, a simplicidade relatada sobre a reprodução assistida homóloga não existe.

A reprodução assistida heteróloga envolve várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo cuidado a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo (quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).

Os autores que defendem a heterorreprodução são concordes em dois pontos de vista: 1. A receptora não deve conhecer a identidade do doador; 2. o doador não deve reconhecer a identidade da receptora.

Isso implica que apenas uma pessoa pode conhecer a identidade de uma e de outro: o médico responsável pela operação, o que faz a eleição do doador, tendo em vista consequências que possam surgir na gravidez e na hígidez do novo ser. Assim, toda responsabilidade recai única e exclusivamente na pessoa do operador (FRANÇA, 2011, p. 226).

Nesse ponto, questiona-se a eticidade dessa ocultação de identidade estabelecida, tendo em vista prejuízos que pode surtir à criança assim gerada, a gestante e sua família, por exemplo: no caso de a criança vir a adquirir uma enfermidade da qual necessite de doação de medula óssea, em não se tendo a identificação do genitor, como poderá proceder a família para verificar a compatibilidade com o genitor? Poderão pedir a quebra do seu sigilo de identidade?

Ainda, observa-se que várias formas de geração de vida podem advir da realização de reprodução assistida heteróloga, posto que um dos gametas pode ser doado ou até mesmo os dois, ressaltando ainda a possibilidade da gestação em útero alheio.

Diante disso, surge a dificuldade em se definir a filiação, o parentesco, considerando que o material genético utilizado não é integralmente do casal paciente, mas de terceiros, além de outros problemas que se impõem, notadamente no campo da ética e também no Direito das Sucessões, dentro do qual se indaga sobre o direito sucessório da criança gerada por meio de reprodução assistida heteróloga, que não tem conhecimento sobre a identidade de seu genitor.

Não se tem a pretensão de se esgotar os aspectos éticos que envolvem os procedimentos de reprodução humana assistida, pois os questionamentos trazidos à tona são inúmeros e de resolução duvidável ainda que com vasta pesquisa e estudo. Por esta razão, foram selecionados três parâmetros para análise, os quais serão explorados a seguir: a) Os possíveis riscos para a gestante e para a criança gerada artificialmente; b) A manutenção de características fenotípicas entre o doador do material genético e os interessados na reprodução assistida heteróloga; c) A gestação em útero alheio (barriga de aluguel).

3 ASPECTOS ÉTICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1 Dos possíveis riscos para a gestante e para a criança gerada

Na realização de reprodução assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, há grandes riscos para a gestante fertilizada artificialmente, entre eles, uma probabilidade maior de ter uma gestação de alto risco, sofrer pré-eclâmpsia ou aborto. Também, há comprovados riscos para a criança, que pode nascer com más-formações genéticas, baixo peso e até mesmo sofrer paralisia cerebral.

Conforme se verifica da análise de excerto de artigo publicado na revista britânica *The Lancet*,

[...] os riscos de sofrer complicações durante a gravidez aumentam para as mulheres que utilizarem alguma técnica de reprodução assistida, afirma o estudo. Os especialistas recomendam que as crianças concebidas com ajuda deste método sejam submetidas ao acompanhamento exaustivo dos médicos para conhecer as consequências das técnicas de reprodução assistida. As advertências são resultados da análise de 3.980 artigos médicos publicados entre 1980 e 2005, que tratavam das consequências negativas da reprodução assistida. Nesse sentido destacam que o número de abortos espontâneos nas mulheres que utilizam o método é de 20% a 34% maior do que nas gestantes que engravidaram naturalmente. O risco de

ocorrência de outros problemas também é maior quando a técnica é utilizada e chega a 55% no caso de pré-eclâmpsia (aumento de tensão durante a gravidez). A possibilidade de conceber uma criança com pouco peso é de 70% a 77% maior; a de ter um bebê com muito pouco peso, entre 170% e 200% superior; e a de que o tamanho do bebê seja menor que o normal para sua idade de gestação é de 40% a 60% maior. Os pesquisadores garantem que os filhos de casais que utilizam técnicas de reprodução assistida tem 30% mais possibilidades de apresentarem má formação e um risco maior de sofrerem uma paralisia cerebral (DALVI, 2009, p. 53/54).

Também, deve-se considerar a hipótese de troca de provetas durante a realização do procedimento de reprodução assistida homóloga, do que pode decorrer outros problemas como o nascimento de uma criança com uma doença à qual seus genitores não tem predisposição. (DALVI, 2009, p. 58/59).

Em se tratando da reprodução assistida heteróloga, verifica-se a necessidade de análise clínica do material genético doado, verificando a sua salubridade, se não possui infecção com alguma enfermidade, como, por exemplo, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, que poderia ser transmitida à criança.

Frente a isso, questiona-se se a realização da reprodução humana assistida não se dirige contra a dignidade da pessoa humana, estabelecida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2005, p. 105), bem como contra o próprio direito à vida, cuja inviolabilidade está estabelecida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e definido como direito fundamental individual do ser humano.

Segundo Marcelo Novelino (2010, p. 388), o direito à vida, que é associado diretamente à dignidade da pessoa humana, deve ser compreendido em uma dupla acepção: a) o direito a permanecer vivo; e, b) o direito a uma existência digna.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2005, p. 197/201) traz uma tripla classificação desse direito fundamental: a) direito à existência; b) direito à integridade física; e c) direito à integridade moral.

Considerando os procedimentos de reprodução humana assistida e os riscos que a gestante e a criança assim gerada correm, consoante já explicitado, entende-se que a agressão que pode ocorrer é em relação ao direito à existência (existência digna) e à integridade física.

O direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo” (SILVA, 2005, p. 198). Já a integridade física consiste na proteção a qualquer forma de agressão a uma vida.

No caso da ocorrência de algum dano à paciente fertilizada artificialmente ou à

criança gerada por esta forma de reprodução, o direito à existência poderia ser abreviado pela morte decorrente de pré-eclâmpsia, por exemplo, e o direito à integridade física violado em razão do nascimento de uma criança com má-formação genética ou com alguma outra doença oriunda desse procedimento.

Então, coloca-se num plano de análise frente a frente, o direito e o desejo de ter um filho “biológico”, ainda que artificialmente gerado, a violação a algum aspecto do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, protegidos pela Constituição Federal, bem como os princípios éticos que podem resultar feridos diante da realização de um procedimento de risco como a reprodução humana assistida.

Ademais, ressalta-se que o procedimento de reprodução humana assistida é uma técnica de procriação ainda em fase experimental, pois ainda que utilizada há um considerável lapso temporal, há riscos derivados de novas práticas que vem surgindo com o avanço da tecnologia. Diante disso, surge uma problemática de difícil resolução: não seria mais saudável que as pessoas buscassem a realização do desejo da maternidade/paternidade pela via adotiva, a fim de que, também, os direitos e preceitos colocados em questão não fossem infringidos?

Pela adoção, o casal que não tem a possibilidade de gerar um filho biologicamente, realiza uma ação altruísta e, certamente, nutrirá pelo seu filho o mesmo sentimento de amor que reuniria em torno da criança gerada artificialmente, deixando para trás todos os riscos que pode sofrer com a realização do procedimento artificial de geração de uma vida.

Entretanto, pode ser que o desejo maior, principalmente da mulher, seja o de gerar uma vida, viver as fases de uma gestação com todas as suas sensações e emoções e, após, realizar-se na criação de seu filho. Nesse caso, nada seria resolvido com a adoção, conforme entendimento apresentado por Eduardo de Oliveira Leite:

[...] o altruísmo inegável da adoção não tem o poder de anular todo o esforço empreendido por um casal estéril na obtenção de seu próprio filho, nem que seja com patrimônio genético reduzido à metade (como ocorre na inseminação artificial heteróloga).

[...] a adoção não tem, nem pode ter, qualquer prerrogativa intrínseca ou extrínseca de afastar o direito de ter filhos. E a evolução da ciência médica, especialmente a genética, aí está para comprovar o que se afirma. O casal que pretende ter filhos, apesar dos “handicaps” naturais, está disposto a enfrentar qualquer sacrifício com vistas à alegria suprema de se dedicar ao seu próprio filho (LEITE, 1995, p. 139).

Desse modo, constata-se que, dentro da reprodução humana assistida existem riscos, os quais podem transgredir direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e preceitos éticos, devido ao fato de a pessoa ser submetida a uma prática que pode lhe causar danos, ainda que mediante sua concordância expressa. No entanto, mesmo assim, as pessoas

ou casais estéreis, movidos pelo sonho de serem pais, ou melhor, genitores, desconsideram essas possibilidades.

Em consequência e com o fim de amenizar toda a discussão ética e também jurídica em cima do procedimento de reprodução humana assistida, decorre a necessidade de que a clínica informe e advirta seus pacientes de tudo o que está compreendido dentro do procedimento a ser realizado, as técnicas e métodos aplicados, além de todos os riscos decorrentes do tratamento, obedecendo o chamado consentimento informado, estabelecido na Resolução nº 1.358/92 – Normas Éticas do Conselho Federal de Medicina sobre Reprodução Assistida:

[...] 3 – O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos que envolvem todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

[...] 1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Desse modo, ao menos os pacientes estarão cientes das possíveis ocorrências danosas, ainda que princípios éticos, morais e jurídicos sejam violados pela realização do procedimento em comento.

3.2 Da Manutenção de Características Fenotípicas entre o Doador do Material Genético e os Interessados na Reprodução Assistida Heteróloga

Considerando a prática de reprodução assistida heteróloga, questiona-se a ética dentro da possibilidade de a clínica de reprodução assistida realizar a manutenção de características fenotípicas (cor de cabelo, cor dos olhos etc.) e raciais entre o doador e o casal que se interessa pela fertilização.

Em Portugal, existe o Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida, o qual, em seu artigo 26, define que a clínica de reprodução assistida, ao realizar a seleção do sêmen para a prática da reprodução assistida heteróloga, deve procurar o que tiver maior semelhança com o fenótipo do marido ou convivente da paciente que será fecundada.

Todavia, no Brasil não há regulamentação sobre o assunto, motivo pelo qual é necessário que se estabeleça essas particularidades dentro do próprio contrato celebrado entre a clínica e os pacientes.

Tratando da questão ética relativa aos denominados “bebês de proveta”, Luciano Dalvi posiciona-se contrariamente à manutenção das características fenotípicas e raciais entre o casal paciente e o filho gerado, alegando que com todos esses avanços da ciência perdeu-se a simplicidade da criação humana e passou-se a manipular o que deve nascer desde a escolha do sexo até mesmo das características físicas da criança gerada em clínica (DALVI, 2009, p. 70).

Em seguida, demonstra o seu entendimento com um radicalismo exacerbado, ligado a aspectos religiosos e a evolução natural do ser humano, afirmando que

[...] Na verdade o que a ciência pretende a curto prazo é dar uma oportunidade aos pais de ‘brincar de Deus’ [...]. Mas, a médio e longo prazo tem como objetivo criar um ser humano perfeito sem características genéticas negativas e com uma determinação de cor, de estrutura física e de inteligência. A ideia é que não nasçam mais pessoas com genes de calvície, com baixa estatura e bem desenvolvidos, mas esta pretensão tem o mesmo fundamento idealista de Adolf Hitler, que queria criar a raça pura, sem imperfeições. Tenho certeza que as imperfeições são parte do ser humano, pois ninguém é perfeito e para isso existe a convivência no ambiente, para que possamos nos moldar e aprender que todos têm seus erros e suas complicações genéticas e físicas [...] (DALVI, 2009, p. 70/71).

Maria Helena Diniz (2008, p. 544), por sua vez, apresenta entendimento no sentido de que a manipulação das características raciais e fenotípicas de uma criança gerada por reprodução assistida heteróloga traz a “possibilidade do uso de técnicas para criação de homens programados ou obtenção de embrião geneticamente superior ou com caracteres predeterminados”.

Nesse ponto, cita o método para determinação de sexo da criança gerada artificialmente, o qual consiste em submeter os sêmens a um banho centrífugo, pelo qual os mais pesados, que são os femininos, vão ao fundo, e os masculinos, mais leves, flutuam, e, após isso, já separados, pode o casal paciente escolher o que prefere (DINIZ, 2008, p. 545).

Contudo, assim como Dalvi, Diniz mostra-se contra toda essa seleção de características, afirmando que

[...] é preciso vedar isso, pois toda seleção, eugenésica ou não, contraria a natureza ética da procriação. A embriologia pode solucionar certos caracteres genéticos para alcançar uma depurada forma de eugenia que substitui [...] o direito de procriar pelo direito de nascer com maiores dotes físicos. [...] Há quem trabalhe com vários embriões, pretendendo implantar o “melhor”, para aperfeiçoar a espécie humana ou

tal raça. Mas qual seria o melhor? O loiro de olhos azuis? Ninguém, entendemos, poderá prever quais os caracteres mais úteis para a humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico. Com isso, não mais se cogitará em ter um filho, mas sim em dar-se um filho sem defeitos genéticos ou com tais caracteres, colocando-se uma etiqueta no bebê, antes mesmo de seu nascimento, como se fosse uma mercadoria. Não seria isso uma coisificação do ser humano? (DINIZ, 2008, p. 545/546).

Em uma visão puramente ética, é imperioso concordar com os dois posicionamentos acima descritos, sendo até desnecessário tecer maiores comentários ou argumentos.

No concernente à escolha do sexo da criança gerada de forma artificial, vale ressaltar a proibição já existente no próprio Código de Ética Médica, no Capítulo III, que trata da responsabilidade profissional, art. 15, *caput*, e §2º, que veda ao médico:

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, **fecundação artificial**, abortamento, manipulação ou terapia genética.
[...]
§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:
[...]
III – criar embriões com finalidades de **escolha de sexo**, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras. (grifo nosso)

Porém, não se pode deixar de citar outro aspecto que se observa das pessoas que procuram uma clínica com o fim de se submeter a uma reprodução assistida heteróloga: a vontade de que a criança gerada tenha semelhanças físicas com os seus “pais”.

Conforme verificado diante da pesquisa realizada, na maioria dos casos, a pessoa ou casal contratante/paciente da reprodução assistida heteróloga, ao se dirigir até a clínica, apresenta esse intento e então passa a analisar as características fenotípicas do possível doador, a fim de que o material genético deste, um terceiro, apresente as mesmas características daqueles, as quais serão transmitidas ao filho artificialmente gerado.

Por esta razão, atendendo tanto aos reclames da ética quanto ao desejo dos pacientes, vislumbra-se que a escolha das características fenotípicas deve ser feita com moderação, atendendo ao propósito exclusivo de semelhança física e não de se “modelar” um bebê, como já dispõe a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina:

4 – As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, **características fenotípicas** e uma amostra de material celular dos doadores.
[...]
6 – A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. **Dentro do possível**, deverá garantir que o doador tenha a **maior semelhança fenotípica e imunológica** e a **máxima possibilidade de compatibilidade** com a receptora.

Portanto, a pessoa ou casal que se submete ao procedimento de reprodução humana assistida heteróloga poderá selecionar as características que deseja para o seu filho de acordo com as suas e não visando que tenha uma beleza maior, nascendo com especificidades determinadas, também por ser essa prática contra a ética, principalmente a ética médica.

3.3 Da Gestação em Útero Alheio

A gestação em útero alheio, chamada popularmente de “barriga de aluguel”, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 187), “é uma prática de acordo com a qual uma mulher carrega uma criança para outra mulher com a intenção de lhe entregar esta criança após o nascimento”.

Para essa espécie de gestação, há diversas modalidades de ocorrência: fecundação com os gametas do casal e implantação do embrião na mulher que gerará a criança; fecundação de um óvulo da mulher geradora, com espermatozoides de um doador; fecundação de um óvulo da mulher do casal, com o espermatozoide de um doador e transferência do embrião para a mãe geratriz; embrião formado com óvulo e espermatozoides alheios ao casal e implantação em mãe geratriz; e fecundação com espermatozoides do marido ou companheiro e óvulo da mãe geradora e geratriz (AGUIAR, 2005, p. 108).

De acordo com a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, há requisitos que devem ser observados na gestação em útero alheio: a) As pessoas envolvidas devem ser da mesma família; b) A impossibilidade de gestar da mãe biológica deve ser comprovada; c) A mãe biológica e a mãe hospedeira devem ser juridicamente capazes; e d) Não pode haver cobrança por parte da mãe hospedeira, para que não haja comercialização dessa prática.

Ainda assim, é possível que haja a

[...] Locação de útero ou de ventres mercenários, pois há mulheres dispostas a receber embrião alheio mediante o pagamento de altas somas, entregando o bebê àqueles que concederam o óvulo e o sêmen ou aos que efetivaram o contrato locatício. Isso não implicaria um pacto imoral, contrário aos bons costumes, que deveria ser proibido pela legislação? Lícito seria transformá-lo numa prestação de serviço da gestação, onde a gestante, por meio de escritura pública, garantiria o direito de filiação ao casal contratante? É preciso não olvidar que, mesmo havendo proibição legal de locação de útero, sempre haverá possibilidade de que a mãe substituta venha a receber pagamento camuflado, na forma de régios presentes [...] (DINIZ, 2008, p. 553).

Frise-se que mesmo com a obrigação de haver relação familiar entre a mãe hospedeira e a mãe biológica, o problema relativo à filiação e a sucessão não se resolve:

Inclusive existe fatores psicológicos e éticos envolvidos na questão da fertilização in vitro. Segundo uma reportagem fundamentada, uma avó deu á luz aos próprios netos. Neste sentido, a ciência criou uma anomalia jurídica, social e psicológica. Jurídica, pois caso os gêmeos amadureçam e venham a morrer (sem filhos e mulher) deixando herança, a quem será destinada? De acordo com o Código Civil vai para a mãe e o pai. Mas neste caso, a mãe e o pai seria quem gerou o filho (avó)? Certamente, a dúvida causa uma verdadeira conturbação jurídica difícil de resolver, que só será resolvida na justiça com um laudo de um perito geneticista que possa decidir a questão da maternidade. Mas caso o geneticista prove que os genes do filho são da filha e do marido, será que estaria resolvida a questão ou precisaríamos recorrer a uma psicóloga para descrever se os sentimentos da avó-mãe ao ficar grávida, os 09 meses sentindo o bebê em seu corpo e o sentimento de maternidade não seriam suficientes para mostrar a maternidade afetiva? A resposta não é simples, mas acreditamos que este é um caso de maternidade dupla e um verdadeiro ônus jurídico de difícil solução. Quer dizer, temos de um lado, a mãe com seus genes e de outro a mãe com sua gestação. (DALVI, 2009, p. 61)

Constata-se, então, que desde a origem da gravidez de substituição decorrem problemas éticos, já que esta resta totalmente dissociada da gestação e do nascimento. Com isso, os pais genéticos podem não ter nenhuma obrigação em relação à criança que vai nascer, a mãe hospedeira pode limitar a sua responsabilidade à gestação, a mãe biológica pode exigir que esta responsabilização permaneça após o nascimento da criança etc. (LEITE, 1995, p. 188).

Jussara Meirelles (1998, p. 93) entende que “A participação de mais de uma mulher no processo de gestação abala, portanto, a certeza da maternidade e, por conseguinte, todo o sistema de filiação”. Dessa afirmação decorre o maior questionamento ético que se impõe nesse tema, reprodução homóloga ou heteróloga com gestação em útero alheio, é em relação ao parentesco: quem é a verdadeira mãe da criança gerada por reprodução assistida e gestada em útero alheio? A mulher que doou o seu material genético ou a mulher que gestou a criança pelos nove meses?

Pode ser que exista, nesse caso, conflito positivo ou negativo relativo à maternidade: o conflito positivo ocorrerá quando as possíveis mães reivindicarem a maternidade; o conflito negativo acontecerá no caso de nenhuma das prováveis mães assumirem a maternidade da criança.

Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 224) assevera que, nesse caso, “deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos”.

De outro vértice, Luciano Dalvi expõe:

[...] Ora, não é possível que uma mulher ao gestar a criança, sentir seu coração, sentir-se mãe por nove meses, venha a abdicar dessa maternidade, por questões amorais, pois cedeu seu corpo para um experimento desumano. [...] Se isto se tornar popular, no futuro, as mães “ricas”, não querendo se submeter à maternidade, poderão pagar a “mães” pobres para gestarem seus filhos, só por preguiça ou para não ter o corpo modificado pela gravidez [...] (DALVI, 2008, p. 198/199).

Da análise dos artigos do Código Civil que tratam sobre a filiação, emerge que a maternidade é sempre certa, pois esse diploma legal se limita a instituir a contestação de paternidade, nada estabelecendo sobre contestação de maternidade. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente obriga os hospitais e maternidades a identificar o neonato com impressão plantar e digital e a mãe somente pela impressão digital, o que traz a tona o critério jurídico tradicional de determinação da maternidade: o parto, isto é, mãe é aquela que deu a luz.

Vale mencionar o artigo 242 do Código Penal, que tipifica o delito de “dar parto alheio como próprio”: “Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”. Ocorre que, hoje, diante da possibilidade da gestação por outrem, “mãe de aluguel”, esse dispositivo legal resta ultrapassado, pois não atende às inovações tecnológicas e científicas contemporâneas, as quais passam por cima do critério de determinação da maternidade supracitado.

Surge, então, a necessidade de que sejam fixados outros parâmetros para se definir a filiação no que tange à gestação sub-rogada, definidos nas cláusulas do próprio contrato celebrado entre os pais biológicos e a mulher que gestou, bem como na permissão ao interprete de adotar o melhor posicionamento dentro do caso concreto, assumindo como pressuposto mais importante a vontade do que a genética.

Ante o exposto, verifica-se que a real maternidade da criança gestada em útero alheio é um problema ligado tanto no campo da ética quanto na esfera jurídica. Porém, deve-se ter considerável cautela ao se tratar do assunto, buscando uma solução justa, em conformidade com o melhor interesse da criança e considerando os efeitos psicológicos que pode trazer a ela, tendo em vista o seu bem estar e estrutura biopsicossocial.

4 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração os possíveis riscos para a gestante, paciente no procedimento de reprodução assistida, e para a criança gerada dessa forma artificial, tendo em vista também a possibilidade de troca de material genético, por desídia da clínica de reprodução assistida, vislumbra-se a necessidade de que haja um cuidado nos bancos de sêmen, nos exames efetuados nos doadores de material genético, na manipulação do material genético a ser implantado, bem como nas mulheres que cedem o seu útero para a procriação alheia.

Ademais, não se pode admitir que ocorra, em qualquer procedimento de reprodução humana assistida realizado, situações estranhas e antiéticas como o fato de, em uma reprodução assistida heteróloga, paciente e criança serem contaminadas por vírus HIV do doador de material genético masculino (sêmen).

Salienta-se, então, que o direito de alguém à concepção por meio de fertilização assistida só deve ser permitido se não colocar em risco a vida ou a saúde da paciente e do possível descendente e desde que os riscos que se inserem nos parâmetros da normalidade sejam correta e suficientemente informados a quem se submeterá a essa prática.

No concernente a manutenção de características fenotípicas entre o casal ou pessoa paciente e o doador do material genético, a fim de que a criança gerada pela reprodução humana assistida tenha semelhanças físicas com os seus “pais”, assim como em relação à gestação em útero alheio ou gravidez de substituição, observa-se que os questionamentos permanecem abertos à decisão do juiz ao se deparar com um caso concreto, pois até que se tenha legislação específica sobre biogenética e paternidade, disposições legais a serem aplicadas a qualquer espécie de reprodução humana assistida e tudo o que dela decorre, esses assuntos permanecerão sem resposta.

No Brasil, ainda não há lei específica que discipline a reprodução humana assistida. Em face disso, há quem defenda que “o que não está proibido está permitido”, atribuindo aos cientistas da área médica uma maior possibilidade de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Porém, entende-se que, diante dessa falta legislativa, deve-se aplicar o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), que dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, a atividade jurisdicional será freada, devendo-se utilizar o direito comparado diante da complexidade do tema e não deixando de se levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atendendo às reclamações da Bioética, bem como aos seus princípios fundamentais, impõe-se uma cautela ao Poder Legislativo, ao legislar sobre o tema, a fim de que se

estabeleçam normas que garantam o respeito aos valores básicos da natureza, do homem e da vida social, protegendo não só a vida, mas os preceitos éticos relativos à saúde física e mental dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- DALVI, Fernando; DALVI, Luciano. **Curso avançado de direito do consumidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.
- ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho genético**. 4. ed. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.