

BIODIREITO E DIREITOS REPRODUTIVOS

Elida Séguin*



Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar e discutir problemas de ordem ética e jurídica decorrentes do desenvolvimento de novas técnicas de Reprodução Assistida, como inseminação artificial, fertilização *in vitro* e aluguel de útero. São enfatizadas as deficiências existentes na legislação atual sobre tais questões bem como no Código Civil que entrará em vigor em 2003.

Palavras-chave

Biodireito, Reprodução Assistida, Relação Médico-Paciente, Ética.

Abstract

This paper is intended for presenting and discussing ethical and juridical problems resulting from the development of new techniques of Assisted Reproduction such as artificial insemination, *in vitro* fertilization and womb for rent. It emphasizes the deficiencies in the current legislation on these issues, as well as on the Civil Code, which will come into effect in 2003.

Keywords

Biowlaw, Assisted Reproduction, Physician-Patient Relationship, Ethics.

* Defensora Pública e Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Membro Efetivo da Comissão de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da OAB e do IAB (elidaseguin@openlink.com.br)

Antes de entrar no cerne do tema, gostaria de enfatizar que, em face da extensão da proposta, ficarei restrita à Reprodução Assistida, passando ao largo da questão da esterilização, voluntária ou compulsória, e do abortamento. Deixo claro que meu objetivo não foi esgotar o tema, mas incitar a uma reflexão.

Inicialmente deve ficar claro que o relacionamento médico-paciente, em especial de quem se submete a um procedimento de fertilização, torna-se uma relação jurídica complexa e cinemática, de Direito Privado, com vários tópicos de ordem pública, em face do dirigismo contratual, das regras do Código de Defesa do Consumidor e da regulamentação profissional dos técnicos envolvidos no procedimento. A omissão legislativa, decorrente do descompasso entre a lenta e tortuosa elaboração legislativa e o desenvolvimento da Ciência Médica, desponta como fator complicador. Para meu espanto, constato que o novo Código Civil, que entrará em vigor em 2003, não suprirá tais lacunas. Comandos de bioética surgem para facilitar esta transposição, mas são insuficientes para atender às novas angulações de relações possíveis ante o admirável mundo novo que a ciência médica descortina diante de nosso olhar estupefato.

O paciente tem duas demandas básicas: curar ou prevenir doenças e procurar recursos para uma melhor qualidade de vida. Na relação médico-paciente, este sofre as influências e pressões do grupo familiar a que pertence e o primeiro está sujeito às regras institucionais e às decisões do seu órgão de classe e de seu vínculo empregatício, que influenciam seu agir. Este modelo repercute no meio social, retroalimentando-se dentro de uma teoria social sistêmica e autopoética.

O Direito é um sistema que obedece a princípios harmônicos, contudo, Perlingieri alerta que

não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (1997, p. 5)

O não estabelecimento de uma principiologia do Biodireito induz a problemas na solução dos conflitos que surgem na relação médico-paciente. As soluções jurídicas que despontam devem considerar o problema, sem apego a premissas preconceituosas de uma legislação do século passado. Assim, o descompasso entre Tecnologia e Direito abre fissuras nos ordenamentos jurídicos desprovidos de instrumentos legais para enfrentar situações novas.

Na reprodução assistida (RA), além

de aspectos jurídicos, avultam os psico-sociais decorrentes do contexto em que vive o paciente e dos papéis sociais que desempenha, principalmente quando está em jogo a sua sexualidade e a perpetuação da espécie. Este poder, de vida e de morte, cria uma mística da atividade médica envolta em grande corporativismo, o que os levou a serem conhecidos como a "Máfia de Branco". Este corporativismo fica patente quando se luta pelo reconhecimento de erros médicos.

A procriação

Procriar é gerar um ser semelhante. Ter filho é o caminho natural da perpetuação das espécies. Na Natureza, ela pode ocorrer de forma sexuada ou assexuada. A reprodução humana tradicionalmente acontecia de forma sexuada, por isto algumas religiões justificam a sexualidade pela procriação, negando o sexo como forma de prazer e auto-realização. Este entendimento prejudicou que os temas sexuais fossem tratados com a simplicidade despida de preconceitos, em especial em opções sexuais onde não pode haver reprodução.

A decisão de, em determinado momento da vida, ter ou não prole embute uma contextualização ampla, pois, mesmo quando ela é desejada, a reprodução pode extrapolar a simples esfera da opção individual. Algumas vezes a pessoa deseja uma descendência e não a consegue. Estima-se que dois em cada dez casais tenham problemas de fertilidade. São infertéis por variadas razões. No entanto, a impossibilidade de procriar é vista socialmente como uma doença; para tanto a ciência tenta vencer a batalha contra a infertilidade, o que praticamente já foi obtido em relação à esterilidade masculina.

Antes de falar em inseminação, vamos definir o que é gestação: é o período de desenvolvimento do óvulo fecundado (inicialmente denominado zigoto, depois embrião e mais tarde, feto) no útero, desde a concepção até o nascimento. Nosso Código Civil, fincado em lições tradicionais napoleônicas do Código de 1804, adotou o parentesco centrado na figura da mãe, pois a maternidade era uma certeza visual, e a paternidade uma presunção jurídica - pai seria o marido da mãe. A maternidade, em sua dimensão jurídica, é a relação de parentesco que une a mãe ao filho.

O planejamento familiar, previsto no § 7º do art. 226 da CRF, disciplinado pela Lei nº 9.263, de 12.01.96, é reconhecido como um direito de todo cidadão, mas que na prática fica restrito aos bem aquinhoados financeiramente. Ele abrange 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. Esta lei, no art. 8º, limitou a pesquisa científica no campo da regulação da fecundidade humana. Paralelamente a Lei que dispôs sobre planos e seguros de saúde excluiu de sua cobertura a inseminação artificial. Na verdade, o planejamento familiar está praticamente vedado aos hipossuficientes por motivos meramente econômicos, de acesso à informação e pela falta de políticas públicas eficientes.

A Lei nº 8.974, de 05.01.1995, ao disciplinar os incisos II e V do § 1º do art. 225 da CRF, vetou, no art. 8º, a manipulação genética de organismos vivos ou manejo *in vitro* de ADN, natural ou recombinante; a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano *in vitro*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitados os princípios éticos. O art. 13 dessa lei, ao criar os tipos penais correspondentes, tem sofrido severas críticas por sua falta de técnica.

A Lei nº 9.434, de 04.02.1997, que regulamentou a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, expressamente excluiu de sua incidência o sangue, o esperma e o óvulo (art. 1º, parágrafo único). Como se pode observar, a matéria ainda é um campo a ser semeado pela normatização jurídica.

Ante a lacuna legal e para sanar problemas relativos a procriação, a ciência começou a lançar mão de técnicas destinadas a driblar a esterilidade humana através de meios não naturais, sem contudo constituir técnica de engenharia genética. Inicialmente o escopo da reprodução assistida não era modificar o patrimônio genético, apenas criar um novo ser. As alterações surgiram como um procedimento para atingir o fim almejado.

As tentativas de induzir a reprodução ou a reprodução medicamente assistida (RA) foram iniciadas no final do século XVIII. Em 1978, ganhou celebridade o nascimento, na Inglaterra, do primeiro ser gerado *in vitro*: Louise Brown. Na verdade, Louise foi concebida numa placa chamada de Petri, uma espécie de pires de vidro bem espesso, pelos pesquisadores ingleses Patrick Steptoe e Robert Edwards. Em 1984 nasceu Zoe Leyland, na Austrália, primeiro bebê desenvolvido a partir de um embrião criopreservado. Em 1987 a Igreja Católica, na "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação" repudiou a prática que se iniciava, tendo sistematicamente se manifestado no mesmo sentido. Em 1995 o bebê Elisabetta, em Roma, criou polêmica por ter vindo ao mundo dois anos depois da morte de sua mãe e do útero da irmã de seu pai. Em 2000 a comunidade científica anunciou o nascimento de bebês com genes de três pessoas, que ficaram conhecidos como "bebês transgênicos".

Inseminação artificial

A inseminação artificial é a que não segue os métodos tradicionais da natureza, ou seja, ocorre por procedimento diverso da cópula. A inseminação artificial consiste em uma injeção de sêmen previamente colhido e selecionado, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo está maduro para fecundação. Antes de ser aplicado em seres humanos foi largamente, e ainda é, utilizado na pecuária para aprimoramento de raças bovinas.

Meirelles (1998) aponta a multiplicidade de denominações para o coloquial "barriga de aluguel", fazendo expressa menção à Resolução nº 1.358, de 11.11.1992, do CFM que trata de "gestação em substituição", tais como maternidade de substituição, gestação por outrem, cessão de útero, maternidade de aluguel, maternidade por sub-rogação, mãe portadora, mãe por procuração, mãe interina, mãe de aluguel, mãe por comissão, entre outras.

Ante a omissão legal, para minimizar a questão, o CFM exige a existência de problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, bem como que a doação temporária do útero não tenha caráter lucrativo ou comercial, e que esta pertença à família da doadora genética, com parentesco até 2.º grau, sendo os demais casos sujeitos a autorização do CRM. Isto é uma falácia, pois é sabido que o procedimento de reprodução assistida é dispendioso e que os planos de saúde não cobrem essa técnica. Com isto os hipossuficientes estão excluídos do acesso a esta tecnologia, salvo na posição de doadores ou na relação de locação de útero. Outra forma que está sendo utilizada para burlar a vedação do CFM consiste no casal com problemas de fertilidade e boas condições financeiras patrocinarem o tratamento para pessoas carentes economicamente em troca da doação de óvulos.

Os defensores da licitude do contrato de aluguel de útero alegam o direito constitucional de constituir família, permitindo aos inférteis recorrerem a vários meios de reprodução assistida. Outro argumento é a diferença entre as intenções de adoção, que pode ser impulsionada apenas pelo gosto de cuidar de uma criança, e do contrato de gestação. Entendo que esta alegação, no ordenamento jurídico brasileiro, esbarra na igualdade entre filhos vigente desde 1988 (CRF).

A barriga de aluguel seria um contrato de prestação de serviços, onde a contratante tem como mote apenas o lucro financeiro, fazendo com que após o nascimento surjam problemas de pedidos de suplemento à quantia pactuada, sem respeito à dignidade da criança que nascerá ou mesmo daquela que se aluga por dinheiro, como uma pros-

tituta. A prostituição voluntária não é crime na nossa legislação penal, mas nem por isto é objeto de aplausos sociais.

Outro conflito que pode surgir é o arrependimento da locatária que, após o parto, deseja ficar com a criança. Para alguns doutrinadores, o arrependimento da mulher deve ser considerado com mais força do que o seu compromisso prévio. O consentimento somente seria válido se expresso um mês após o parto. Este período de espera, essencial para a validade da manifestação da vontade, deixaria os contratantes em posição de grande fragilidade, pois, ante a contratada, em geral de parcas condições financeiras, não teria como indenizar os decepcionados futuros pais. As questões surgidas não estão sendo trazidas às barras dos tribunais, aparentemente sendo resolvidas de forma cambial: assina-se mais um cheque para suplementar o pagamento inicialmente pactuado. Como medida de segurança os contratantes marcam uma cesariana, e o obstetra fornece uma declaração, para fins de comprovação no Registro de Pessoas Físicas, de que a mulher contratante deu a luz à criança, inexistindo na relação que se estabelece a figura da mulher contratada. Inegavelmente isto seria o tipo de dar parto alheio como próprio; apesar de acompanhar, não encontrei na jurisprudência o crime de parto suposto ligado a RA.

A inseminação artificial pode ser *homóloga*, quando os doadores formam um casal, e *heteróloga*, ou extraconjugal. A primeira é socialmente aceita, sendo entendimento corrente que não fere princípios da Moral e do Direito. A segunda gera mais polêmica por afetar várias pessoas simultaneamente. Por outro lado esta prática científica permite a realização de uma tão sonhada maternidade em mulher sem útero, mas com ovários, desde que consiga uma Barriga de Aluguel, ou, quando a infertilidade é masculina, por meio da doação de sêmen.

Semião (1998, p. 178) aborda os direitos do nascituro, com implicações cíveis, criminais e do biodireito, alertando para a questão da destruição de embriões congelados ou de sua comercialização. Estes são aspectos ainda não disciplinados nem enfrentados pelos tribunais, mas urge que a doutri-

na, desempenhando o papel social que lhe cabe, se posicione, sinalizando o caminho a ser seguido.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução CFM 1.358/92, já mencionada, instituiu as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida (RA), para resolver problemas de infertilidade humana.

Existe um consenso de que essas técnicas não sejam utilizadas para escolha de sexo ou qualquer característica biológica, só para evitar doenças ligadas ao feto. Os aspectos éticos mais importantes são os relativos à utilização de material sem consentimento, uma vez que toda a técnica tem que ser obrigatória e extensivamente exposta, denominando-se de consentimento informado, principalmente possíveis consequências sociais, biológicas e jurídicas. Visando-se a evitar problemas futuros toma-se ciência por escrito, em formulário especialmente preparado, submetido à concordância e assinatura de todos: pacientes inférteis e doadores.

O estado civil dos participantes pode ser um obstáculo jurídico, quando a mulher não tem a concordância do cônjuge ou companheiro para o procedimento, visto que este, apesar de não ser o doador, terá que manifestar seu consentimento. Um óbice foi superado com a possibilidade da ação de investigação e negatória de paternidade não ter um prazo exíguo para sua propositura, uma vez que a paternidade hoje pode ser uma certeza científica, pelo exame de DNA, deixando de ser uma suposição jurídica.

A equipe médica também enfrenta problemas na RA, posto que o Código de Ética Médica (CEM), no art. 43, veda ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento. Obriga ainda no art. 68 que a prática da fecundação artificial seja precedida de consentimento e esclarecimentos de todos os participantes.

Dentro deste moderno arsenal de técnicas científicas, nasce um manancial de questões jurídicas não solucionadas pelo Direito Positivo, tais como:

· a determinação da maternidade em caso de
1. heteroimplantação;

Os defensores da
licitude do contrato
de aluguel de útero
alegam o direito
constitucional de
constituir família,
permitindo aos
inférteis recorrerem a
vários meios de
reprodução assistida.

2. se o óvulo não é o da esposa;
- a determinação da paternidade em fecundação heteróloga;
 - o estupro científico (DINIZ, 1994, p. 210)
 - a responsabilidade médica, na fecundação na proleta, por iatrogenias como a síndrome Prader-Willi ou a de Angelman;
 - a possibilidade da inseminação *post mortem*;
 - o direito de a pessoa conhecer sua ascendência, no caso de ter a concepção ocorrido com material doado, e o doador desejar o anonimato.

O estupro científico ocorreria quando uma mulher fosse, por violência, ameaça ou erro justificável, submetida a uma inseminação artificial. Poderia ocorrer que ela acreditasse estar sendo utilizado sêmen de seu marido, quando na verdade o seria de terceiro. Advoga-se a tese de que haveria base legal para um aborto, na forma do art. 128 do CP, por ter ocorrido um *estupro científico*.

A *heteroimplantação*, quando o óvulo fecundado *in vitro* é implantado em outra mulher, cria a figura da mãe de suporte ou mãe hospedeira, que recebe o embrião alheio, mediante altas somas, comprometendo-se a entregar o bebê. O contrato de locação do útero, para alguns proibido pela legislação brasileira (CRF art. 199 § 4º), é dissimulado com compromissos de pagamento de despesas ou promessa de recompensa.

Na infertilidade masculina pode-se recorrer a um Banco de Sêmen, desde que a doação não tenha caráter lucrativo ou comercial e seja preservado o sigilo da identidade dos doadores e dos receptores, salvo informações de caráter clínico. A escolha do doador é responsabilidade da Clínica que, para evitar constrangimentos sociais, deve garantir que o doador tenha semelhança física com o marido ou companheiro da receptora, sendo proibido que qualquer membro que participe dos programas da RA seja doador de sêmen.

Preconceitos naturais e o medo de ações de investigação de paternidade fazem com que existam poucos doadores, tornando a compra e venda de esperma/óvulos um lucrativo mercado paralelo, onde o percentual de material aproveitado não é controlado e os doadores são movidos por objetivos econômicos. Para evitar que clínicas inescrupulosas utilizem embriões excedentes, os médicos são obrigados a informar aos pacientes quantos foram produzidos, para que o casal decida quantos pré-embriões serão implantados e se haverá criopreservação do excedente, valendo ressaltar a incerta da fidedignidade da informação fornecida. Nesta hipótese os cônjuges devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado ao pré-embrião, em caso de divórcio, doença grave ou morte de um deles ou de ambos.

Ferraz (1991, p. 55) determina a maternidade e paternidade nos seguintes termos:

Em qualquer hipótese, mãe é aquela que gerou o óvulo, ou cujo parceiro fecundou-o com seu sêmen; ou ainda, no caso de fecundação heteróloga total (nem o sêmen, nem o óvulo, são do casal), a mulher que buscou a mãe substituta. E pai, na fecundação heteróloga, é não o doador do sêmen, mas o que consentiu na doação.

As novas técnicas reprodutivas

As novas técnicas reprodutivas, em especial a fertilização *in vitro*, trouxeram implicações inéditas de ordem ética e jurídica, desencadeando um processo que permite chegar, por exemplo, à mãe de aluguel ou à pesquisa em embriões. A esse respeito, cabem as indagações: Quem é a mãe da criança gerada mediante as técnicas de reprodução assistida - aquela que gerou, a que forneceu o óvulo ou a que contratou? Quais os direitos dos embriões congelados? Que tipo de especialização se exigirá dos médicos que poderão atuar no setor e que órgão será encarregado da sua fiscalização?

O único instrumento normativo disponível hoje a respeito da reprodução assistida é a Resolução nº 1.358, de 1992, do CFM. Mas aquele Conselho não tem competência para resguardar direitos e garantias de médicos e pacientes, e também da sociedade, o que só será possível com o esforço conjunto de legisladores e juristas. A lei deverá igualmente prever e permitir a aplicação autônoma de sanções civis ou penais para os que descumpram as normas.

Em 1991, quando foi iniciada a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), discutiu-se sobre a possibilidade de danos e lesões na estrutura genética do novo ser, durante o procedimento de se introduzir a agulha no óvulo, o que já é considerado superado pelos cientistas, mas que somente o tempo irá confirmar.

A revista "Science", de 20/4/2001, anunciou os primeiros 15 seres humanos com modificação genética da linhagem germinativa resultando em crianças normalmente saudáveis. (SITE...) O procedimento, conhecido como transferência ooplásmica, consiste em melhorar a qualidade do óvulo feminino, com o acréscimo de 10% a 15% do citoplasma (fluido que recheia as células) do óvulo de uma doadora fértil e injetá-los no óvulo da mulher infértil por mau funcionamento do citoplasma. No citoplasma encontra-se o DNA mitocondrial transmitido apenas pelas mulheres. Posteriormente o óvulo é fecundado por espermatozóide em uma fertilização *in vitro* e o embrião implantado no útero da mulher infértil, onde é gerado. Os bebês nasci-

dos dessa técnica adquirem pedacinhos de DNA de outra mulher, podendo ter genes de três adultos.

Com o citoplasma são injetadas suas organelas, entre elas mitocôndrias, que contêm 13 genes (contra mais de 30 mil nos cromossomos do núcleo); o óvulo e as crianças assim geradas carregam uma mistura de DNA mitocondrial de duas mulheres. Para os cientistas o procedimento seria legal, sendo questionável sua ética. Associa-se a técnica da injeção citoplasmática ao risco de doenças mitocondriais (mutações no DNA da organela, que podem provocar distúrbios de vários tipos, entre eles cardíacos e neurológicos). O tema é polêmico, em especial porque legislações alienígenas impedem alteração da linhagem germinativa, bem como a incerteza da perfeição dos óvulos das doadoras. Os problemas éticos e morais decorrentes dessa prática têm provocado repúdio de alguns segmentos sociais.

A mitocôndria é uma estrutura que fica solta no citoplasma, mas distante do núcleo da célula, que abriga a maior parte dos genes. A técnica da transferência de citoplasma está sendo empregada em clínica paulista de reprodução assistida. Exige-se das candidatas que assinem um termo de consentimento, ante a possibilidade de contaminação pela quantidade injetada de DNA mitocondrial da doadora (DIREITO..., 2001). Assustam os efeitos iatrogênicos da alteração do material genético ante o desconhecimento de efeitos futuros da mesma forma que preocupam as perspectivas do uso de tecnologias de 'reprogenética' para modelar futuras crianças, em que pese a afirmativa dos médicos de que a técnica não manipula genes, apenas acrescenta "inócuo material genético adicional". O procedimento de transferência de citoplasma pode acarretar que o bebê receba material genético do pai, da mãe e da doadora do citoplasma, numa modificação genética, o que ocorreu com dois dos 15 bebês gerados a partir dessa técnica. Foi divulgado que dois fetos, que não constam da estatística acima mencionada, foram abortados por serem portadores de um distúrbio genético raro - a síndrome de Turner, na qual um cromossomo inteiro é perdido (WEISS, 2001, p.21). O diagnóstico da anomalia é feito por meio de biópsia embrionária, na qual uma célula do embrião fertilizado é retirada antes de ele ser implantado no útero.

O Instituto de New Jersey aplicou o tratamento em 30 mulheres inférteis, das quais 17

não engravidaram; uma engravidou e sofreu um aborto involuntário. As outras doze deram à luz, sendo que três mulheres tiveram gêmeos.

Até o momento as crianças estão bem, apesar de duas delas apresentarem mitocôndrias misturadas. Segundo pesquisadores americanos, o procedimento pode até evitar a herança de certas doenças genéticas. A diretora da Autoridade Britânica para Embriologia e Fertilização Humana, Ruth Deech, alertou sobre a incerteza se os benefícios deste tratamento compensariam os riscos.

O órgão que controla tratamentos de fertilidade na Grã-Bretanha anunciou que está disposto a analisar pedidos de cientistas que queiram usar a nova técnica que altera o código genético dos bebês. O pioneiro em tratamentos contra a infertilidade, o britânico Lord Winston, do Hammersmith Hospital, em Londres, declara suas reservas em relação ao método, posto que o material genético da doadora altera minimamente o código genético do bebê e será transmitido às próximas gerações.

Como disse no início, não esgotei o tema mas partilhei com os que lerem este artigo as minhas dúvidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DINIZ, Maria Helena, Reflexões sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao embrião e ao nascituro. In: LIVRO de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: S.n., 1994. n.8, p. 210.
- FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MEIRELLES, Jussara. *Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade: "mãe de aluguel"*. Genesis, Curitiba, p. 23, 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SITE DA ONG ISIS - Instituto de Ciência na Sociedade, com sede em Londres. Disponível em: www.isis.org
- WEISS, Rick. (Reportagem). *Jornal O Globo*, 19 maio 2001. Caderno Ciência e Vida, p. 29.