



6

A LIBERDADE NO PLANEJAMENTO FAMILIAR E A VEDAÇÃO DE ACESSO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM MULHERES COM MAIS DE 50 ANOS PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Liberté dans le planning familial et fermeture d'accès reproduction assistée des femmes avec plus de 50 ans le Conseil Fédéral de Médecine

Patricia Martinez Almeida

Advogada. Especialista em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Humanos pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Mestranda em Direito pela mesma Instituição de Ensino. profa.civil@gmail.com.

Daniela Gomes Pereira do Amaral

Advogada. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE.

RESUMO

O presente artigo visa analisar os critérios da vedação à reprodução assistida em mulheres com mais de 50 anos e sua repercussão no livre planejamento familiar como garantia da dignidade da pessoa humana e a vedação do retrocesso dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Livre planejamento familiar. Dignidade da pessoa humana.

RÉSUMÉ

Cet article vise à analyser le sseau des critères à la procréation assistée chez les femmes de plus de 50 ans et de son impact sur la planification familiale librement comme une garantie de la dignité humaine et joint recul des droits fondamentaux.

MOTS-CLÉS: *La procréation assistée. Planification familiale gratuite. La dignité humaine.*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Novas técnicas científicas de reprodução assistida. 1.1. Limites do biodireito para a utilização das tecnologias de reprodução humana. 1.2. Diretrizes da resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. 2. Direito à saúde reprodutiva. 2.1. Acesso a tratamento de saúde. 3. O Retrocesso dos Direitos quanto à capacidade procriativa. 3.1. Da necessidade de uma legislação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias reprodutivas são temas que estão em pauta constantemente nas discussões sobre políticas públicas sendo bastante exploradas também pela mídia e discutidas no âmbito dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nos dias atuais a realização do projeto parental tem sido adiada, diversos são os motivos causadores deste adiamento como, por exemplo, o fato da mulher trabalhar fora e ter conseguido o seu lugar no mercado de trabalho, a preocupação em ter filhos somente após a estruturação financeira do casal, o estresse vivenciado pelo casal no dia-a-dia, a difusão dos métodos contraceptivos etc., por estes motivos a população brasileira tem envelhecido bastante e conseqüentemente reduzido à taxa de fertilidade.

Este trabalho pretende trazer algumas informações referentes às novas tecnologias reprodutivas que também é chamada de reprodução assistida. Estas técnicas permitem a concepção de um ser humano com a ajuda da ciência utilizando-se de procedimentos médicos, dispensando assim a necessidade do ato sexual para a concepção dos filhos.

Casais e mulheres que enfrentam problema com fertilidade têm procurado cada vez mais as clínicas de reprodução assistida, em que o uso de tais técnicas tem possibilitado a realização do sonho da maternidade a diversas mulheres que já não possuíam mais esperança de ser mãe, como por exemplo, as mulheres estéreis, as que já estão na menopausa e os casais homoafetivos.

Diante da ausência de legislação específica e face aos abusos que podem ser cometidos pelo desvirtuamento da manipulação genética, bem como da evolução do conceito da família no estado brasileiro, o Conselho Federal de Medicina editou nova Resolução trazendo critérios deontológicos na utilização da reprodução assistida, entretanto, tal resolução acabou por ser editada com restrição etária ao acesso às técnicas de reprodução assistida e, assim, se consubstanciando em norma ética-limitadora, inclusive na maternidade por substituição.

Um dos objetivos deste trabalho é analisar se os motivos ensejadores da edição da referida norma limitadora se coadunam com os fundamentos da República Federativa do Brasil, notadamente a dignidade da pessoa humana, bem como analisar se a limitação etária

trazida em seu bojo não afrontaria a vedação do retrocesso como limitação aos direitos fundamentais no que tange o direito ao planejamento familiar.

Instaurada a dicotomia presente na norma qual seja proteção/vedação, passaremos a analisar as razões da limitação etária à luz do ordenamento jurídico interno, com comparativos na legislação extravagante, para verificar em que medida referida resolução afrontaria aos direitos inerentes ao homem.

Adotaremos como hipótese inicial a defesa da liberdade ao planejamento familiar, independente de qualquer condição que limite os direitos já consolidados em nossa sociedade, como corolário da dignidade humana, notadamente quanto à saúde reprodutiva.

Será apresentada fundamentação teórica e legislativa na tentativa de uma análise sistemática para defesa da liberdade reprodutiva, bem como, a ponderação na observância dos casos exitosos na reprodução assistida em mulheres com mais de 50 anos.

1. NOVAS TÉCNICAS CIENTÍFICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes de adentrarmos no mérito da discussão quanto da vedação à reprodução assistida em mulheres com mais de 50 anos e sua repercussão no livre planejamento familiar como garantia da dignidade da pessoa humana e a vedação do retrocesso dos direitos fundamentais, cumpre elucidarmos algumas questões quanto ao conceito, métodos da reprodução assistida, bem como seu reflexo na sociedade.

Trata-se de conjunto de métodos e operações para unir artificialmente os gametas femininos e masculinos, para formar o zigoto e dar origem a um ser humano, como auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana¹, facilitando o processo de procriação, com fundamento no direito à saúde reprodutiva, como meio de efetividade ao direito à descendência.

¹ Obstáculo à ascensão dos elementos fertilizante pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.

Os métodos de reprodução humana assistida possíveis (DINIZ, 2009) são as de inseminação artificial GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), fertilização *in vitro* ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que poderão ser operacionalizados mediante manipulação de material genético dos próprios interessados ou deles com os de doadores, em vida ou *post mortem*² e até mesmo realizados por substituição (cessão de ventre para a gestação).

O método da inseminação artificial se divide em inseminação homóloga: Realizada com a utilização de sêmen do marido/companheiro da paciente, em vida ou *post mortem* (AIH – *Artificial Insemination by Husband*); e, heteróloga: Em que se utiliza o espermatozoide de um doador fértil (AID- *Artificial Insemination by Donor*).

A inseminação artificial homóloga, em regra, não fere princípios jurídicos, pois a coleta e utilização do material genético do casal dependerão de anuência expressa dos interessados ligados por matrimônio ou união estável, através de manifestação de vontade precedida de esclarecimento quanto ao processo que se submeterão (RCFM, 2013).

Contudo, depois de referido procedimento e sobrevindo a morte do cônjuge/companheiro, e, caso haja disposição para tanto, sobrevirá à possibilidade da realização da inseminação *post mortem*.

Esta técnica reprodutiva causa muita polêmica, pois será utilizada quando um dos responsáveis pelo nascimento daquele futuro indivíduo já morreu e por este motivo a criança será concebida e gerada numa situação de orfandade.

Devido aos diversos problemas psicológicos que este tipo de inseminação pode vir a causar e das discussões éticas e jurídicas que giram entorno deste método, a maioria dos países não autorizam a utilização desta técnica reprodutiva.

Dentre as principais problemáticas levantadas pelos pesquisadores temos: a) Antes da realização da fecundação, a criança vai carecer de pai, que é a principal objeção, que alegam ser dificilmente superável a partir de uma perspectiva constitucional; b) Os problemas sucessórios da criança, pois reconhecendo seus direitos de herdeiro do pai, podem os demais

² A inseminação *post mortem* consiste na reprodução humana com os gametas masculinos após a morte do marido/companheiro, mediante autorização, quer seja contratual, quer seja por instrumento particular ou disposição testamentária. Ver artigo 1597, do Código Civil de 2002.

herdeiros se sentir prejudicados, em especial, se a concepção e o nascimento tiverem ocorrido muito depois do falecimento do pai³.

Pois bem, as questões suscitadas ensejam grande reflexão, conforme análise lógica-sistemática dos dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico terá embate entre os direitos indisponíveis da criança – que são garantidos desde a sua concepção artigo 2º do Código Civil – os direitos sucessórios e suas consequências, e o direito de gerar – direito de descendência.

Analisando a inseminação artificial heteróloga surgem outros questionamentos, pois senão vejamos: Em virtude do critério de anonimato e segredo de identidade do doador (RCFM 2013/13), a mãe não poderá desvendar jamais o nome do genitor da criança, porém têm obrigação de informar a criança as condições em que foi desejada, concebida e nascida.

O jurista e doutrinador Casabona (CASABONA, 1994), entende que no caso da existência de um casal que recebe a contribuição genética de terceiro para gerar, deve ter assegurado de forma paralela e expressa que o marido/companheiro assuma a paternidade legal do filho por este tipo de inseminação, pois o seu consentimento implicará na assunção da paternidade sem a possibilidade de sua impugnação posterior⁴.

O doador deve ter garantido que ele não terá nenhuma obrigação legal oriunda de sua paternidade biológica, pois a regra do anonimato é imposta com objetivo principal de proteger o doador, porém, esta proteção entra em colisão com o direito da criança de conhecer sua origem se assim desejar⁵.

A revelação do doador seria conveniente e permitida em casos de enfermidades vinculadas com a herança genética e até mesmo para evitar casamento com filhos que geneticamente são irmãos.

A inseminação artificial heteróloga é permitida em muitos países, pois entendem que deve prevalecer o direito de ter o filho e dar ao casal a oportunidade de gerar, criar e educar uma criança, porém, os mesmo países que autorizam esta técnica de inseminação, não

³ Ver artigo 1798, do Código Civil.

⁴ Caso sanado em nosso ordenamento jurídico no artigo 1597 do Código Civil com a presunção de paternidade, contudo tal presunção é relativa, ou seja, poderá ser afastada caso a parte ofereça elementos que caracterizem o vício de consentimento ou erro quanto à forma.

⁵ Notadamente pelos direitos de filiação e sucessão da criança fruto de referido método de reprodução humana.

permitem o uso de tal técnica por mulheres que não sejam casadas ou que vivem em união estável com pessoa de outro sexo.

A fundamentação utilizada pelos países que não autorizam a fecundação heteróloga nas mulheres solteira e que não vivem em união estável é o fato de que esta forma de reprodução já deve ser bem trabalhada com a criança, evitando assim os traumas psicológicos e nascendo uma criança que tenha apenas mãe e ainda vindo de uma técnica reprodutiva artificial, causaria transtornos para a criança de difícil reparação.

Imperativo consignar que não se pretende esgotar qualquer destas discussões no presente trabalho, mesmo porque a intenção é a de apontar as possibilidades de reprodução humana assistida, suas as problemáticas e as necessidades para sua consecução.

Método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) com participação genética do cônjuge ou de um doador que consiste na obtenção de óvulos fertilizados em laboratórios, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina.

Existem outras técnicas que são mais complexas que seriam a de doadora de óvulo, doação de embriões e a maternidade de substituição⁶, ou seja, os procedimentos utilizados para se alcançar o sucesso na inseminação artificial são muitos e tem se diversificado cada vez mais.

Na maternidade por substituição, que consiste na forma de gerar o futuro indivíduo através do útero de uma terceira pessoa, há muita discussão sobre a utilização desta técnica, mesmo que seja apenas para fins exclusivamente humanitários, sem ser tratado como uma forma de se ganhar dinheiro para a mulher que cedeu o útero.

Esta forma de técnica reprodutiva deve ter especial atenção tendo em vista a possibilidade de que a criança, fruto desta técnica reprodutiva, não seja tratada futuramente como um objeto de disputa a ser reivindicado pela mulher que cedeu o útero.

A substituição pode gerar a dificuldade para identificar juridicamente a mãe da criança, se será a biológica, a social ou a que cedeu o útero, por isto essencial a proteção da

⁶ Cessão de ventre para a gestação, no Brasil só será possível a cessão gratuita e entre parentes até 4º (quarto) grau.

criança e sua dignidade, com fulcro nos princípios da proteção integral e superior interesse da pessoa em desenvolvimento⁷.

Referida técnica reprodutiva enseja discussões éticas e jurídicas calorosas, todas ao redor do princípio fundamentador de nossa sociedade, qual seja: A dignidade da pessoa humana, preconizado em nossa Carta Constitucional⁸ de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

A dignidade da substituta, porque a cessão ou a locação⁹ do útero descaracterizaria o desenvolvimento da maternidade reduzindo a mulher a mero organismo reprodutor. Bem como, a dignidade do nascituro pelo fato de ser reduzido a *res comerciável* e sujeito a estipulação de valores sendo objeto de contratação e talvez até de conflitos judiciais.

Este recurso é autorizado pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro, desde que a doadora temporária de útero seja da família daquela que não pode gerar, este parentesco deverá ser até o quarto grau¹⁰, desta forma seria possível descaracterizar o aluguel de útero. Haverá um pacto gestacional entre a mãe biológica e a mãe gestacional.

De maneira altruísta. No Brasil não há possibilidade da existência de nenhum contrato remuneratório de gestação, pois havendo algum valor monetário neste caso, o pacto seria considerado nulo em razão do objeto ilícito¹¹.

1.1. LIMITES DO BIODIREITO PARA A UTILIZAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO HUMANA

As novas técnicas de reprodução humana, por ensejarem a criação de seres humanos em laboratório mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, entusiasmaram a embriologia e a engenharia genética, e, conseqüentemente, gerou um grande desafio para a ciência jurídica, tendo em vistas os inúmeros problemas éticos e jurídicos daí

⁷ Artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e artigo 227, da Constituição Federal.

⁸ Abstraindo da homérica discussão quanto à origem ontológica ou histórica do termo carta, aqui apenas para indicar nossa Constituição Federal de 1988.

⁹ Em alguns países será possível a contratação com contraprestação pecuniária de ventre – como no caso dos Estados Unidos.

¹⁰ Alteração feita na resolução nº 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina.

¹¹ Ver art. 199, §4º, da Constituição Federal.

advindos, trazendo em seu bojo a possibilidade da coisificação do homem e o retorno das práticas eugênicas e grande probabilidade de segregação genética.

Há muita polêmica, também, nesta forma de reprodução humana, diante da possível formação de famílias constituída com patrimônio genético de um indivíduo anônimo, o que, com efeito, gerará várias situações, das quais ensejarão direitos que deverão ser protegidos e conflitos que a serem solucionados, como a discussão ao direito de filiação, sucessão, impedimentos matrimoniais, pela própria preservação da espécie humana com a problemática questão de incidência de casamentos consanguíneos e sua repercussão prática.

Com relação à utilização da maternidade por substituição, a maioria dos países não aconselha ou a adota e outros chegam a considerar esta técnica um ilícito penal. Legislações de países como a Áustria, Inglaterra e Espanha, para inibir a utilização deste recurso, utilizam-se do princípio do *partus sequitur ventrem*, ou seja, é considerada mãe aquela que dá a luz, neste caso a criança será considerada filha da mulher que a gerou independente da contribuição genética ser desta ou de outra mulher.

O direito de gerar não é absoluto, logo, o direito a ter um filho não permite que todas as formas de reproduzir sejam utilizadas para satisfação deste direito, pois não deve ter prevalência apenas do exercício da liberdade individual, pois também estão em jogo outros interesses relevantes devido à intervenção ativa de terceiros, regras profissionais e vida de uma criança.

O fundamento principal alegado para restringir o acesso ilimitado às técnicas de reprodução tem como objetivo impedir que a criança seja tratada como “coisa”, “objeto”, violando, assim, a sua dignidade de pessoa.

Diante de tal realidade a UNESCO editou a Declaração universal sobre genoma humano e os direitos humanos em 1997 proclamando que “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”.

E, em 2003 proclamou a Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos tendo por objetivo “garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de coleta, tratamento, utilização e

conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade”.

Razão pela qual, *mister* se faz a imposição de limites legais às técnicas de reprodução humana assistida e normas que estabeleçam parâmetros de responsabilidades aos danos que poderão advir de sua utilização e consecução.

1.2. DIRETRIZES DA RESOLUÇÃO 2013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Neste contexto o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 2013/2013 que adotou normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida com dispositivos deontológicos a serem seguidos pelos médicos na aplicação das técnicas de RA, que em seus princípios gerais, no item 4 trouxe a vedação da utilização da RA para seleção do sexo ou qualquer característica biológica do futuro filho, como meio de ilidir a eugenia; No item 5 vedou a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana, combatendo a possibilidade de coisificação e comercialização de material genético em consonância do disposto em nossa Constituição Federal¹²; Restringiu o número de embriões a serem transferidos para receptora proibindo qualquer procedimento de redução embrionária.

Entretanto, o Conselho Federal de Medicina não foi muito feliz ao restringir o direito à reprodução assistida para mulheres até 50 anos de idade. Aqui, chegamos ao cerne de nossa pesquisa.

Na exposição de motivos da resolução editada concluíram que os fatores motivadores da resolução em comento foram às mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área, e, que diante da ausência de legislação específica no Brasil tornaram necessária a produção de uma resolução orientadora aos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

¹² Ver art. 199, § 4º, CRFB/88

Quanto à limitação de acesso às técnicas de reprodução assistidas para as mulheres até 50 anos de idade, a resolução no item 2 condicionou a utilização da RA à existência de probabilidade efetiva de sucesso e que não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente (caso da maternidade por substituição).

Na exposição de motivos da resolução ventilada, a limitação etária foi fundamentada na ideia que “falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados” (RCFM 2013/13), como fatores decisivos na restrição ao acesso às técnicas de reprodução assistida.

Entretanto, sobredita vedação etária da norma ética-limitadora, sem a pertinente pesquisa empírica, poderá gerar um retrocesso ao direito fundamental à saúde reprodutiva, sendo este o objeto de nosso estudo, pois senão vejamos:

O relatório histórico mostra que a declaração dos direitos humanos não é a expressão ou o resultado de um desenvolvimento sistemático de caráter sólido e abstrato, mas concretas respostas políticas às experiências históricas insuportáveis e limitação de riscos da liberdade num processo dinamogênico dos Direitos Humanos (SILVEIRA, 2010).

Na mesma esteira de pensamento de Pérez Luño (LUÑO, 1987) ensina que os direitos humanos não podem ser apreendidos a partir de um raciocínio lógico-dedutivo estrito, porque sua “relação justificadora” enquadra-se perfeitamente no raciocínio prático, logo os esforços de reabilitação moderna da racionalidade prática, teses neocontratualistas e a teoria do consenso de valores têm interesse inquestionável para examinar o sentido e o alcance dos direitos humanos.

Notadamente, não é tão fácil conceituar Direitos Humanos, pois não se trata de um conceito lógico e acabado, por este motivo Luño, no artigo conceito e concepção dos Direitos humanos (LUÑO, 1987), combate o entendimento do professor Francisco Laporta que considera que o direito é imutável e absoluto, não aceitando esta afirmação, pois a positivação dos Direitos Humanos envolve a dinâmica da sociedade, suas lutas e conquistas, sem essa observância se tornaria impossível a solução de muitos conflitos.

Pois bem, como bem salientado no trabalho de José Figueirêdo Alves (ALVES, 2013) o limite etário para as gestações, inclusive por outrem, desconsidera situações bem sucedidas

de mães substitutas, além dos cinquenta anos. Pontuando os casos conhecidos em nosso país, quais sejam: a agente de saúde Rosinete Palmeira Ferrão, 51 anos, foi a primeira avó brasileira e no mundo a gerar netos gêmeos (Antonio Bento e Vitor Gabriel), através das técnicas de fertilização *in vitro* (Recife, 2007); A engenheira Veridiana do Vale Meneses, de Nova Lima, na Grande BH, teve sua filha Bianca, quando sua sogra, Elisabeth Sales, aos 53 anos, emprestou seu útero à nora e ao filho Fabiano. (30/5/04); Ano passado, em Santa Helena/GO, a avó Maria da Glória, também de 51 anos, após emagrecer onze quilos, possibilitou a filha Fernanda Medeiros (33 anos) ser mãe quando, por técnicas de RMA promovidas pelo SUS, emprestou o útero.

Ademais, a vedação etária trará limitação ao direito de descendência no que tange ao planejamento familiar, razão pela qual algumas ponderações devem ser feitas a este respeito.

2. DIREITO À SAÚDE REPRODUTIVA

O Estado exerce paternalismo especial sobre a família brasileira. A Constituição Federal de 1988 garante especial proteção à família, e, no que tange ao planejamento familiar deverá ser alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O Planejamento Familiar é direito de todo cidadão, pois cabe ao casal decidir de que forma será realizada tal idealização. Todavia, compete ao Estado proporcionar soluções para o desempenho deste direito.

Com efeito, o Estado transfere à família os direitos de liberdade ao planejamento familiar, mas, ao mesmo tempo, é restritivo ao tratar da responsabilidade do poder familiar e este intercessão ocorre quando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável são violados, quando o descumprimento dos deveres familiares são afetados ou quando existe força empregada que interfira nestas relações. Nota-se, declaradamente, a garantia dos direitos fundamentais garantidas pela Norma Constitucional.

A multiplicidade de modelos familiares e a forma como estas são organizadas não devem ser descartados pela ciência do direito. Os avanços tecnológicos que incluem novas tendências de reprodução humana permitem idealizar a família tão almejada, no entanto, uma sucessão de situações jurídicas que devem ser estudadas, atentando aos pequenos pormenores.

O planejamento familiar deve ser guiado de ações preventivas, desde o aconselhamento genético como a saúde da mulher e da criança. (Lei 9.263/96).

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos prioriza que:

“Do ponto de vista ético, é imperativo, que na altura da análise de um teste genético que possa ter implicações importantes para a saúde de uma pessoa, lhe seja proporcionado adequado aconselhamento genético. O aconselhamento genético deverá ser não-directivo, culturalmente adaptado e consentâneo com o superior interesse da pessoa em causa”.

Segundo nosso Código Civil de 2002, adota a teoria natalista, e em seu art. 2º dispõe que: “A personalidade civil começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a sua concepção, os direitos do nascituro”. A análise deste dispositivo nos leva a entender que a personalidade é gerada junto com a vida e se esta for suprimida, aquela se esgota completamente. Os direitos da personalidade nascem com cada indivíduo e o acompanham durante toda sua vivência.

Em termos biológicos, o início da vida nasce com a célula-ovo ou zigoto. O concebido adquire carga genética própria e individual, e o útero da mãe apenas é seu meio apto para se desenvolver normalmente até o nascimento.

Ao adquirir personalidade o ser humano passa a fazer parte do universo jurídico e dos direitos conferidos por este que possui deveres de proteção.

A primeira geração de Direitos Humanos declarou liberdade ao homem e as consequências desta liberdade podem ser entendidas sob a dupla dimensão, tanto subjetiva como objetiva. As escolhas que fazemos no decorrer de nossas vidas são sinônimos de autonomia privada, ou seja, de cada indivíduo e refletem diretamente no respeito a personalidade.

Um dos contornos essenciais da liberdade é a autonomia privada ligada a escolhas existenciais que fazemos ao longo de nossas vidas. Essas escolhas refletem ao modo de ser da pessoa humana e, portanto diz respeito à sua personalidade.

O direito a identidade genética é um destes direitos e os avanços da medicina cada vez mais permitem que casais que não podem, originalmente, gerar filhos realizem seus desejos de se tornarem pais, procurem métodos alternativos, embora, tais artifícios trouxeram consigo uma série de sequelas do ponto de vista jurídico.

Daí o grande questionamento. Será que a limitação etária, abarcada na resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que restringe o acesso à saúde reprodutiva sob o mero fundamento de baixa probabilidade de fertilização em mulheres acima de 50 anos não afrontaria flagrantemente o direito à descendência e ao livre planejamento familiar? A resposta para esta dúvida pode ser respondida pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que garante respeito ao direito de igualdade e a dignidade da pessoa humana.

2.1. ACESSO A TRATAMENTO DE SAÚDE

A família como base da sociedade, diante da especial proteção do Estado da entidade familiar, em atenção à função biológica e da perpetuação da espécie humana, além das normas de tutela à maternidade¹³, como um direito social garantido constitucionalmente, há também a instituição de políticas públicas de acesso às técnicas de fertilização assistida para casais com problemas de fertilidade e para portadores de HIV que desejem ter filhos, oferecidos pelo Ministério da Saúde através da rede SUS à população.

O Direito à saúde reprodutiva decorre do direito ao livre planejamento familiar abarcado no Texto Constitucional no artigo 226, § 7º, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade e maternidade responsável.

Não obstante a constatação de se prestarem os direitos reprodutivos, na atualidade, a proteção de liberdades negativas mais do que a positiva, ou seja, o direito de não ter filhos ao invés de tê-los, o que não se pode negar é a existência e a garantia ao exercício do direito de descendência.

¹³ Protetivos legais de modo que a mulher possa ter condições favoráveis de gestação e, assim, não perder os efeitos de sua faculdade procriadora, bem como com vistas ao desenvolvimento saudável da criança, na gestação, parto e amamentação, notadamente, na concessão de salário maternidade Lei 8213/91, licença maternidade de 120 dias – art. 7º, XVIII da CF, com possibilidade de prorrogação nos termos da Lei 11770/2008, Previdência Social art. 201, III CF e assistência social, art. 203, I da CF.

Tal direito se firma no reconhecimento básico de todos os casais e indivíduos a decidir de forma livre e responsabilmente a geração de filhos. Assim, na conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU e realizada no Cairo em 1994, houve, pela primeira vez, a formulação da ideia dos direitos reprodutivos e sexuais.

Fundado nos ditames constitucionais e o resultado da discussão internacional conclui-se que todos têm direito à concepção e a descendência, podendo exercê-lo quer seja por vias naturais, quer seja por fertilização assistida.

O casal estéril tem direito à filiação por meio de reprodução assistida, desde que não coloque em risco a saúde da paciente e do possível descendente – Lei 9263/1996 Planejamento Familiar.

É necessária ponderação sobre os interesses envolvidos e principalmente dos riscos existentes de cada tipo de procedimento científico. Notadamente, na manipulação genética nos casos que visam corrigir imperfeições genéticas objetivando o desenvolvimento saudável do embrião, utilizando apenas para fins terapêuticos, porém intervenções que se destinam escolher características estéticas ou étnicas são, notadamente, proibidas evitando assim a eugenia positiva.

Tendo em vista o direito à descendência e o livre planejamento familiar, em que se deve pautar no princípio da igualdade nos termos do art.4º da Lei 9263/96, *in verbis*: Art. 4º “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, e, os sucessos alcançados na reprodução assistida nos casos pontuais alhures mencionados, denota-se que a limitação etária ao acesso à reprodução assistida consubstancia-se em afronta aos direitos da personalidade sem fundamento para tanto”.

Notadamente, se o legislador deixou ao arbítrio da família o planejamento familiar não cabe a uma norma administrativa¹⁴ restringir as liberdades e direitos fundamentais, como no caso do direito à descendência e ao livre planejamento familiar.

¹⁴ Em que pese toda preocupação ética demonstrada em sua exposição de motivos no que tange as demais resoluções quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida.

3. O RETROCESSO DOS DIREITOS QUANTO À CAPACIDADE PROCRATIVA

A recente resolução pelo Conselho Federal de Medicina, que por sua vez, revoga a Resolução CFM 1.957/2010, passa a definir critérios de Reprodução Assistida objeto deste tema proposto.

Pelo ponto de vista ético-médico, aos cinquenta anos, uma mulher não pode trazer consigo a gestação como forma de cessão ou doação temporária de seu útero. Uma linha imposta delimita o direito a vida, ou melhor, de conceber a vida.

Sabemos e respeitamos os efeitos de uma gravidez ocorrida fora limite temporal e os riscos biológicos decorrentes, e não deixamos de respeitar a fase reprodutiva da mulher, todavia, impor impedimentos vem a ferir seus direitos procriativos.

Exemplos de garantia de tal direito podem ser extraídos das legislações estrangeiras que exercem determinado equilíbrio ao estabelecer institutos que regulamentam a reprodução assistida e não constroem a mulher ao limite máximo etário, pelo contrário, como no caso da Lei portuguesa nº 32/2006, de 26 de julho¹⁵, que exige apenas a idade mínima de dezoito anos de idade, porém, não define a idade máxima.

Cada indivíduo sabe o que é melhor para si. A modernização emoldurada por toda esta revolução tecnológica traz a tona uma concepção kantiana que enfatiza que cada ação deve ser autônoma. A autoconsciência não se limita à subjetividade, ela precisa da liberdade.

Tanto o direito à vida como o direito de liberdade são garantias constitucionais invioláveis e atrelados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da personalidade.

Cabe lembrar que referida proteção também encontra guarida no ordenamento internacional, notadamente, quando na da Declaração de Viena de 1993 confere direitos humanos das mulheres que ganham o reconhecimento também na comunidade internacional, enfatizando que, “Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”.¹⁶

¹⁵ Art. 6.2 As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

¹⁶ Art. 18 da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena (1993).

Do ponto de vista ético-medico, estas respostas talvez encontrem certos limites, tanto é que, tornou-se necessária a criação de uma norma para regulamento. Mas do ponto de vista jurídico, a limitação etária anuncia um retrocesso aos direitos humanos e aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A norma Constitucional prioriza a família como instituto intocável e como já visto, cabe a cada membro da família administrar o planejamento familiar.

A família passou por transformações bruscas de grande importância. Sentimentos de diferentes graus de complexidades se constituem, porém, a norma Constitucional a prioriza como instituto intocável e ao planejamento familiar, como já vimos, cabe a cada membro da família como corolário do direito à descendência.

É de responsabilidade dos conselhos de medicina tratar das devidas orientações quanto à saúde reprodutiva, entretanto, impor um limite para realizar um sonho de constituição familiar viola o direito reprodutivo da mulher que, certamente, originará uma série de conflitos no ordenamento jurídico, uma vez que a Lei de Planejamento Familiar garante acesso igualitário à saúde reprodutiva, inclusive quanto às técnicas disponíveis.

3.1. DA NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO

Com o advento da efetiva utilização das novas técnicas de reprodução humana assistida de maneira reiterada, imprescindível a elaboração de uma legislação que organize e estabeleça critérios e responsabilidade para que se possam utilizar estas técnicas apenas com objetivos humanísticos, protegendo desta forma a mãe, o pai e em especial a criança que está sendo gerada, como critério da especial proteção do Estado à família que é a base da sociedade – artigo 226 da Constituição Federal.

Em nosso país já existem projetos de lei que visam estabelecer critérios e responsabilidade para os que fizerem uso das novas tecnologias reprodutivas, porém até a presente data, não há nenhuma lei especial que regule a utilização destas tecnologias.

A Lei 11.105/2005, que dispõe sobre engenharia genética, somente traz a vedação da manipulação das células germinais humana, ocorrendo apenas uma exceção que seria no caso

de se utilizar para fins terapêuticos que objetivam beneficiar o futuro indivíduo, mas nada disciplinando quanto à saúde reprodutiva.

Muitos países já têm elaborado uma legislação especial sobre este tema, porém o Brasil conta apenas com a Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina, esta resolução se preocupou com a enumeração de alguns princípios básicos que precisam ser cumprido ou constatado para que seja autorizada a utilização das técnicas reprodutivas, entretanto, não se pode permitir que uma norma administrativa tenha força para restringir direitos humanos já consolidados em nosso ordenamento jurídico.

A legislação especial deverá ter uma preocupação especial em expor os procedimentos que poderão ser utilizados sem que afronte direta ou indiretamente os direitos fundamentais de todos os envolvidos igualmente, pai, mãe e principalmente a criança, que deverá ter o direito de nascer com a dignidade que é devida a todos os seres humanos.

CONCLUSÃO

O direito concedido a todos em ter acesso ao tratamento de saúde (art. 196 CF) deve ser estendido, também, para as pessoas que apresentam problemas de fertilidade, principalmente quanto ao direito à descendência e ao livre planejamento familiar, para viabilizar o sonho da maternidade através da biotecnologia.

O afeto é essencial para a mulher alimentar o espírito e desta forma conseguir manter a sua saúde física e mental, por este motivo a infertilidade é entendida como um problema de saúde e caso não seja tratado pode vir a causar danos irreparáveis ao paciente.

A elaboração de uma lei deverá observar o princípio da dignidade da pessoa humana, com cuidado especial para que a sua criação não seja objetivando apenas a critérios exclusivos do domínio científico da técnica reprodutiva e, sem obstruir o direito das pessoas de gerar um filho, com recursos utilizados com o avanço da ciência.

A incorporação das novas tecnologias reprodutivas como meio de solucionar problemas de esterilidade é um fato consumado em muitos países que defende a utilização da medicina moderna.

Denota-se que a vedação etária esculpida na resolução CFM 2013/2013 afronta direitos indisponíveis, pois ao restringir o acesso às técnicas reprodutivas às mulheres acima de 50 anos não considerou a liberdade da realização do projeto parental abarcado em nosso ordenamento interno e a proteção aos direitos das mulheres elencados no direito internacional e, tampouco, considerou os casos exitosos em nosso país da aplicação da técnica em mulheres com mais de 50 anos, consubstanciando em retrocesso a direitos humanos.

A busca de realização do projeto parental de uma pessoa capaz, não pode ser impedida, porém, é necessária a elaboração e aprovação de uma lei, não com caráter limitador, mas protetor.

Deverá ser concebida a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência como bioética, medicina, psicologia, direito, antropologia, sociologia, filosofia, desta forma será possível uma regulamentação que enquadre todos os procedimentos essenciais, claros, precisos e seguros que se permita o avanço da ciência e assegure a saúde dos utilizadores das novas técnicas reprodutivas, respeitando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do direito a vida e saúde.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Figueirêdo. *A maternidade limitada*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/883>. Acesso em: 16 mai 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BRAUNER, Maria Claudia. *Novas Técnicas Reprodutivas*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>. Acesso em: 16 mai 2013.
- BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 15 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.
- CRUZ, Márcio Rojas; OLIVEIRA, Solange de Lima Torres; e PORTILLO, Jorge Alberto Cordón. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: contribuições ao Estado brasileiro. *Revista Bioética* 2010. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/538/524. Acesso em 16 mai 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones de la ponencia de francisco laporta)*. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10898>. Acesso em 16 mai 2013.

- MENEGON, Vera Sônia Mincoff. *Novas técnicas reprodutivas conceptivas*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2004000500042&script=sci_arttext. Acesso em 16 mai 2013.
- MOREIRA, José Roberto. *Técnicas reprodutivas e direitos do nascituro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso em 22.10.2010.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto com valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- PORTUGAL. Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. Procriação medicamente assistida. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf. Acesso em 17 maio 2013.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 17 mai 2013.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceito, significado e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humano, de 16 de outubro de 2003.
- _____. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 11 de novembro de 1997.
- _____. Declaração e Programa de Ação em Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de Junho de 1993. Disponível em <http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 17 mai 2013.