



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS – DHL

PEDRO HENRIQUE CAMPOS NEVES

MENINO OU MENINA? O DIREITO DE ESCOLHER O SEXO DO FUTURO FILHO
ANTES MESMO DA GRAVIDEZ

Três Rios, RJ

2015

PEDRO HENRIQUE CAMPOS NEVES

**MENINO OU MENINA? O DIREITO DE ESCOLHER O SEXO DO FUTURO FILHO
ANTES MESMO DA GRAVIDEZ**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação em Direito oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio
de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientador: Prof. Dr. Rulian Emmerick

Três Rios, RJ

2015

PEDRO HENRIQUE CAMPOS NEVES

**MENINO OU MENINA? O DIREITO DE ESCOLHER O SEXO DO FUTURO FILHO
ANTES MESMO DA GRAVIDEZ**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação em Direito oferecido pela
Universidade Federal Rural do Estado do Rio
de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado(a) em: _____

Banca Examinadora:

Professora Orientador Dr. Rulian Emmerick – UFRRJ-ITR

Professora Dr.^a Ludmilla Elyseu Rocha – UFRRJ-ITR

Professora Dr.^a Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio – UFRRJ-ITR

Dedico esta monografia a minha família, pela dedicação e amor.

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional.

A minha namorada, pela paciência e cumplicidade.

Aos meus mestres, pelos ensinamentos eternizados.

Ao meu orientador, pelo apoio e pelo aprendizado.

Por fim, dedico a todos que tornaram esse caminho mais fácil de ser percorrido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me amparou iluminou minha caminhada até aqui e me deu coragem para enfrentar as adversidades.

Ao meu orientador, Rulian, pela paciência de sempre e pelo imenso suporte prestado ao longo da produção deste trabalho.

Aos meus pais e meus irmãos, que sempre estiveram ao meu lado nas vitórias e também nos fracassos e que com muito amor e apoio me deram todo o apoio necessário para a consolidação desse sonho.

A minha namorada, Júlia, pela paciência, pela parceria, suporte e carinho infinitos e por toda a sua ajuda no decorrer da produção dessa monografia.

Aos meus amigos, aqueles já de longa data e aqueles que ao longo da faculdade eu ganhei.

Aos mestres e doutores do curso de Direito do Instituto Três Rios/UFRRJ, a quem pude chamar de professores e que me oportunizaram um vasto aprendizado para dentro e fora de sala de aula.

Aos queridos colegas de sala, com quem pude confraternizar, aprender e me sentir acolhido ao longo desta jornada.

Por fim, a todos que de alguma maneira contribuíram para a minha caminhada ao longo da graduação, eu deixo o meu sincero muito obrigado.

Epígrafe

“A pergunta pertinente não é quando começa a vida, mas quando começa uma vida relevante do ponto de vista ético. Um embrião num tubo de ensaio é apenas uma possibilidade de vida, assim como eu sou um morto em potencial, mas ainda não estou morto.”

Fermin Roland

RESUMO

NEVES, Pedro Henrique Campos. **Menino ou Menina? O direito de escolher o sexo do futuro filho antes mesmo da gravidez.** 2015. Monografia (Bacharelado em Direito). Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Letras, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

O estudo em tela se propõe a debater a questão da seleção do sexo do futuro filho quando da utilização da técnica de reprodução humana assistida conhecida como fertilização *in vitro* (FIV). Para que seja possível elaborar uma discussão com argumentos ricos em conteúdo, serão elucidados aspectos essenciais como a bioética, o biodireito, as técnicas de reprodução assistida mais utilizadas e os meios que tornam possível a escolha do sexo da criança antes mesmo da gravidez. Assim, no capítulo de abertura serão tratados os dois aspectos mais importantes acerca do assunto: a bioética e o biodireito. Nele, estarão elucidados os conceitos para cada um destes elementos, mostrando-se a sua relevância para as atividades médicas e biotecnológicas, bem como seu desdobramento na esfera do Direito. Além disso, serão abordados os princípios que fundamentam e norteiam cada um dos temas, os quais serão primordiais para o capítulo de encerramento. Já na segunda sessão, estarão esclarecidas algumas das técnicas de reprodução humana assistida mais comuns no Brasil, sendo que serão realizadas breves observações quanto aos seus surgimentos e evolução. Nela, se encontrarão também os esclarecimentos quanto aos procedimentos atualmente capazes de selecionar o sexo em momento pretérito à gravidez e seus detalhes. No derradeiro capítulo, se encontrará elaborado o debate da questão a que se propôs este trabalho. Serão apontados os argumentos favoráveis a sexagem na reprodução humana assistida, bem como desconstruídos aqueles pontos de vista contrários. Para tanto, serão aplicados fundamentos de bioética e biodireito, e ainda argumentos constitucionais e dados estatísticos que comprovem que a seleção do sexo do futuro filho na fertilização *in vitro* é constitucional, ética e legal.

Palavras-chave: Seleção de sexo. Técnica de Reprodução Humana Assistida. Fertilização *in vitro*.

ABSTRACT

NEVES, Pedro Henrique Campos. **A boy or a girl? The right to choose the sexo of the unborn child before pregnancy.** 2015. Monograph (Law's Bachelors Degree). Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Letras, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This study proposes to discuss the issue of unborn child's sex selection in the assisted human reproduction technique known as *in vitro* fertilization (IVF). To enable a rich discussion, will be elucidated essential aspects such as bioethics, biolaw, the most used assisted reproduction techniques and the means that make it possible to choose the child's sex before pregnancy. Then, in the first chapter will be considered the two most important aspects of this study: bioethics and biolaw. In this chapter, will be discussed the meaning of these elements and their relevance to the medical and biotechnology activities and their deployment in Law. Moreover, the principles that underlie and guide each topic of the discussion will be listed, what is essential for the last chapter. In the second chapter, will be clarified some of the most common assisted human reproduction technologies in Brazil, doing remarks about their appearances and evolution. It will also explain the proceedings currently able to select the sex before pregnancy and their details. In the last chapter, will be found the deliberation of the main issue of this academic work. The arguments in favor of sex selection in assisted reproduction will be appointed and the arguments against this use will be controverted. Therefore, will be applied bioethics and biolaw's notions and even constitutional arguments and statistics that prove that the unborn child's sex selection in IVF is constitutional, ethical and legal.

Keywords: Sex selection. Assisted Human Reproduction Techniques. *In Vitro* Fertilization.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-Implantacional
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PGD	Pre-implantation Genetic Diagnosis
RA	Reprodução Assistida
SisEmbrio	Sistema Nacional de Produção de Embriões
STF	Supremo Tribunal Federal
TRHAs	Técnicas de Reprodução Humana Assistida

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Bioética e Biodireito	11
1.1. Bioética	11
1.1.1. O Princípio da Não Maleficência	14
1.1.2. O Princípio da Beneficência	15
1.1.3. O Princípio da Autonomia	16
1.1.4. O Princípio da Justiça	18
1.2. Biodireito	19
1.2.1. A Principiologia do Biodireito	21
2. Os Direitos Reprodutivos e a Reprodução Humana Assistida	23
2.1. Breves Considerações Sobre as Técnicas de Reprodução Humana Assistida	27
2.1.1. A Fertilização <i>In Vitro</i> (FIV)	28
2.1.1.1. Diagnóstico Pré-Fertilização	29
2.1.1.2. Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (DGPI)	30
3. A escolha do sexo do futuro filho	32
3.1. Por que fazer a seleção do sexo na reprodução humana assistida	33
3.2. Por que não fazer a seleção do sexo na reprodução humana assistida	38
3.2.1. A lesão do direito à vida	38
3.2.2. O risco da eugenia	41
3.2.3. A coisificação do ser humano e seu provável desdobramento	43
3.2.4. A promoção da discriminação de “gênero” e o desequilíbrio populacional	45
3.3. Derradeira consideração acerca da sexagem	46
Considerações Finais	47
Referências Bibliográficas	
Anexos	

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos muitas coisas evoluíram e dentre elas estão as técnicas de reprodução humana assistida, que atualmente são capazes de selecionar o sexo da criança que irá nascer antes mesmo do efetivo início da gravidez.

No Brasil e na maior parte do planeta, entretanto, esta possibilidade de escolha não se dá de maneira irrestrita, só sendo possível selecionar o sexo previamente nos casos em que haja risco de transmissão de alguma doença genética relacionadas ao cromossomo X, como a hemofilia e a distrofia muscular de Duchenne.

Frente a essa situação surge o seguinte questionamento: se a escolha do sexo já é possível na reprodução assistida, por que os pais não podem fazê-la mesmo que não haja risco de doenças genéticas? A resposta para esta questão envolve diversos fatores éticos, jurídicos e filosóficos.

O ordenamento jurídico brasileiro é de um silêncio sepulcral quando o assunto é reprodução humana assistida. Com a exceção de uma breve menção ao tema no artigo 1597 do Código Civil, não há nenhuma linha de legislação direcionada para regulação da RA.

Assim, cabe ao Conselho Federal de Medicina o controle das TRHAs e, atualmente, ele o faz por meio da Resolução 2.121/2015. Esta resolução tem em seus fundamentos valores éticos e morais relativos ao exercício da medicina frente a reprodução assistida e veda que os médicos possam selecionar o sexo do futuro filho por razões não terapêuticas.

Todavia, à luz de preceitos bioéticos, biojurídicos e constitucionais, é possível constatar que essa proibição é inadequada e por isso deveria ser revista, a fim de garantir que as pessoas que se socorrem da RA possam, independente do risco de transmissão de doenças, escolher o sexo do filho que irão gerar. E é no intuito de demonstrar que os pais devem ter o direito de escolher se irão conceber um menino ou uma menina que se desenvolverá este trabalho.

1. BIOÉTICA E BIODIREITO

O presente estudo tem por objetivo a refutação da limitação elencada na resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual as técnicas de reprodução humana assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.

Entretanto, para suscitar tal debate é necessário criar uma base adequada quanto ao contexto jurídico-filosófico em que está fundamentada a regulamentação em tela. Para isso, nos parágrafos a seguir, serão abordadas importantes características de bioética e biodireito, a partir das quais o questionamento proposto poderá ser aventado com a devida coerência.

1.1. BIOÉTICA

Ao criar um conceito etimológico de bioética é possível fazê-lo de modo bastante simplista, isto é, a partir da separação dos dois radicais que compõe a palavra – *bios* + *ethos*. Assim, em sua mais incipiente e superficial concepção, a bioética poderia ser definida como a ética na esfera da vida. Ou seja, a ética que extravasa o campo da filosofia acadêmica e se mistura intimamente ao devir.

Quando, em 1927, a expressão foi utilizada com ineditismo pelo teólogo alemão Fritz Jahr o seu significado não se afastou muito da ideia intrínseca à junção dos dois radicais gregos. Na oportunidade, o estudioso a utilizou no intuito de afirmar os deveres dos seres humanos para com a fauna e a flora¹.

Anos depois, em 1970, diante de um contexto histórico bastante diferente, o bioquímico e pesquisador em oncologia norte americano, Van Ressaer Potter, publicou um artigo no qual aplicou o então neologismo com o significado de “ciência da sobrevivência”, se

¹ GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. Revista HCPA 2006;26(2):86-92. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 15. p. 86.

referindo à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida² e das relações entre o homem e a natureza³.

A partir do estudo de Potter, a bioética passou a ganhar espaço no campo acadêmico, desenvolvendo-se inclusive como disciplina em algumas faculdades. E na medida em que os estudos sobre o tema avançaram, a sua concepção evoluiu, sendo o progresso das ciências médicas e das biotecnologias alguns dos principais fatores a influenciar nas novas características da bioética.

Não por acaso, estes foram os fatores influenciadores da evolução da bioética, haja vista que um de seus elementos fundamentais era a limitação dos estudos e pesquisas biocientíficas em um momento no qual muitos profissionais do ramo se debruçaram em trabalhos de aspecto questionável segundo parâmetros médicos e/ou éticos.

Como exemplos destes estudos, estão as tentativas frustradas do cientista soviético Ilya Ivanov que, na primeira metade do século XX, trabalhou no intuito de criar um híbrido entre homem e macaco, e o experimento do neurocirurgião norte americano Robert J. White que transplantou a cabeça de um macaco para o corpo de outro, tendo o seu feito sido um sucesso de um dia e meio, mas nunca tendo agradado a comunidade americana, tão pouco a mundial⁴.

Todavia, é importante destacar que a bioética foi também resultado de outras questões que ganharam ainda mais relevo ao longo do século passado. E, nesta toada, é possível apontar a utilização de armas nucleares e biológicas, e, ainda, debates antigos e não resolvidos como o aborto e a eutanásia, os quais ganharam nova perspectiva com o advento das técnicas de reprodução assistida e dos transplantes de órgãos e tecidos⁵.

Assim, a bioética se abalizou como um efetivo campo multidisciplinar, estando dividida sob duas perspectivas, abrangente – se relacionando a todas as espécies de seres

² CLOTET, Joaquim. **Por que Bioética?**. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/474/291>. Acesso em: 11 out. 15. p. 3.

³ MOTTA, Katia Borges. **Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp042834.pdf>>. Acesso em: 09 out. 15. p. 29.

⁴ Fazer a referência: <http://www.ceticismoaberto.com/ciencia/2149/os-20-experimentos-mais-bizarros-da-histria> - Acesso em 11 out. 2015.

⁵ Princípios da Bioética e do Biodireito. Heloisa Helena Barboza (arquivo na pasta monografia

vivos – e restrita – estando vinculada tão somente aos seres humanos, especialmente nos campos de pesquisa e saúde.

Para efeito deste estudo, entender-se-á a bioética como **um conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais**⁶.

E para que fosse possível alcançar resultados práticos quanto à aplicação da bioética, imperioso foi o estabelecimento de princípios básicos os quais serviriam para o desenvolvimento de uma metodologia capaz de analisar os casos concretos e os problemas éticos emergentes do exercício da assistência à saúde⁷.

Para tanto, em 1974 o Congresso dos Estados Unidos criou uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. Quatro anos após a sua criação foi publicado o informe de Belmont, no qual foram apontados três princípios:

a) o da **autonomia** ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; b) o da **beneficência**, que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; c) o da **justiça** ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante.⁸ (grifou-se)

Cinco anos depois os estadunidenses Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram um livro chamado “*Principles of Biomedical Ethics*”, onde expuseram uma teoria, fundamentada em quatro princípios básicos, sendo três os já mencionados e o quarto que veio a ser o da não maleficência.⁹

Essa principiologia, mesmo não tendo um caráter rígido, tampouco preferência de um a outro princípio, passou a servir como norteadora prática do exercício da bioética.¹⁰

1.1.1 O Princípio da Não Maleficência

Motta¹¹, ao tratar do princípio da não maleficência referencia Beauchamp e Childress e aponta que, para eles, neste princípio está firmada a obrigação de não causar o mal

⁶ Kottow, M., H., 1995. Introducción a la Bioética. Chile: Editorial Universitaria, 1995. p. 53.

⁷ PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA - Jussara de Azambuja Loch (arquivo na pasta monografia)

⁸ Idem 4

⁹ Idem 4

¹⁰ Princípios da Bioética. Jussara de Azambuja Loch (tá na pasta TCC)

aos outros, o que se coaduna com a premissa *Primum non nocere* (primeiro, não prejudicar) vinculada à ética médica e subentendida no juramento hipocrático. Cuida-se, portanto, de um mínimo ético, um dever profissional, que, se não cumprido, coloca o profissional de saúde numa situação de má prática ou prática negligente da medicina ou das demais profissões da área biomédica

Não obstante, alguns autores afirmam que muitos filósofos combinam não maleficência e beneficência em um único princípio. E, neste sentido, Clotet¹² disciplina que ambos os princípios são formas de manifestação da benevolência na bioética. Contudo, destaca que é preciso observar o fato de a beneficência envolver atos positivos, ao passo que a não maleficência exige a não realização daquilo que é mau¹³. Para ele, a combinação dos dois princípios incorreria na obscuridade da diferenciação necessária em todo o discurso moral, uma vez que determinadas “obrigações de não causar dano a terceiro não são apenas diferentes, mas como frequência mais exigentes que as obrigações de beneficência aos outros”¹⁴.

Nessa toada, à luz dos ensinamentos de Beuchamp e Childress, na não-maleficência se encontrariam apoiados os seguintes preceitos de caráter negativo: não matar; não causar dor ou sofrimento; não incapacitar; não provocar ofensa; e não privar outros dos bens da vida¹⁵.

Assim, Loch¹⁶ pondera que “a não maleficência tem importância porque, muitas vezes, o risco de causar danos é inseparável de uma ação ou procedimento que está moralmente indicado”. Deste modo, quanto maior o risco de causar dano, maior e mais justificado deve ser o objetivo do procedimento para que este possa ser considerado um ato eticamente correto¹⁷.

¹¹ Motta, Katia Borges. Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino. 2007 (tá na pasta TCC)

¹² CLOTET, Joaquim. Bioética: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 24.

¹³ CLOTET, Joaquim. Bioética: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 172

¹⁴ CLOTET, Joaquim *apud* Motta, Katia Borges. Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino

¹⁵ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁶ LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da Bioética. Kipper DJ. (editor) Uma Introdução à Bioética. Temas de Pediatria Nestlé, n.73, 2002. p. 12-19

¹⁷ LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da Bioética. Kipper DJ. (editor) Uma Introdução à Bioética. Temas de Pediatria Nestlé, n.73, 2002. p. 12-19

1.1.2. O Princípio da Beneficência

O princípio da beneficência refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo.

Loch¹⁸ indica que a beneficência encontra-se claramente respaldada no juramento dos profissionais da medicina, estando delineada por Hipócrates nas seguintes palavras: “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”.

Ao tratar deste assunto, Motta¹⁹ salienta que os estudiosos da bioética dividem o princípio em tela sob dois aspectos: um, de beneficência positiva, que demanda a promoção de benefícios; e outro, de utilidade, que requer do agente a ponderação entre prós e contras para produzir o melhor resultado final. Dessa forma, a perspectiva da utilidade seria uma extensão desse princípio, cuja necessidade estaria justificada frente à vida moral, a qual não confere oportunidade de produzir benefícios ou eliminar malefícios sem criar riscos ou custos.

Sob essa perspectiva dual, o filósofo e professor de bioética José Roque Junges pondera que, havendo igualdade de condições entre os aspectos negativo e positivo da beneficência, a remoção dos males é mais imprescindível do que promoção dos benefícios²⁰.

Em síntese, apesar de não existir uma límpida distinção a separar o não causar mal do promover o bem, a beneficência exige mais do que o princípio da não maleficência, haja vista que os agentes têm o dever de dar passos positivos para ajudar outros, não sendo válido simplesmente abster-se de agir de maneira danosa²¹.

1.1.3. O Princípio da Autonomia

Nas palavras de Loch²², “autonomia é a capacidade de uma pessoa para decidir fazer ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma”. De acordo com a autora,

¹⁸ Idem da nota nº 16

¹⁹ Idem da nota nº 10

²⁰ JUNGES, José Roque. Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 47.

²¹ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *apud* Motta,

²² Idem da nota nº 16

para que o sujeito possa exercer esta autodeterminação se fazem necessárias duas condições fundamentais:

a) a **capacidade para agir intencionalmente**, o que pressupõe compreensão, razão e deliberação para decidir coerentemente entre as alternativas que lhe são apresentadas;

b) a **liberdade**, no sentido de estar livre de qualquer influência controladora para esta tomada de posição. (grifou-se)²³

O princípio em fomento está eticamente alicerçado no direito fundamental da dignidade da pessoa humana. E, ainda segundo Loch, os precursores do assunto, Beauchamp e Childress, buscaram subsídio em Immanuel Kant e em John Stuart Mill para justificar o respeito à autodeterminação²⁴. Aqui, é válida uma elucidação acerca das duas referências, note-se:

I.Kant, em sua ética deontológica, explicita que a dignidade das pessoas provém da condição de serem moralmente autônomas e que, por isso, merecem respeito. Diz, ainda, que é um dever moral tratar as pessoas como um fim em si mesmas e nunca apenas como um meio. Apesar de pertencer a uma corrente filosófica diferente do deontologismo kantiano, J.S.Mill, um dos expoentes do utilitarismo anglo-saxão do séc. XIX, posiciona-se de maneira semelhante quando escreve que deve ser permitido aos cidadãos se desenvolverem de acordo com suas convicções pessoais, desde que não interfiram com a mesma expressão de liberdade dos outros.²⁵

Motta, em alusão aos estudos de Beauchamp e Childress²⁶, aduz que estes procuraram traçar um conceito de autonomia não excessivamente individualista – de modo a negligenciar o caráter social dos indivíduos e a forma como suas decisões impactam as dos outros – “ou demasiadamente centrado na razão – a ponto de deixar de lado as emoções – ou, ainda, indevidamente legalista – que enfoque os direitos legais e menospreze as práticas sociais”.

A bem da verdade, o que eles propõem é que o respeito à autonomia corresponda, ao menos, no reconhecimento do direito do agente autônomo em se posicionar e fazer escolhas fundamentado em suas crenças e valores íntimos, podendo, em alguns contextos, incluir a obrigação de auxiliar ou resguardar a capacidade do outro para decisões autônomas,

²³ Idem da nota nº 16

²⁴ Idem da nota nº 16

²⁵ Idem da nota nº 16

²⁶ Beauchamp e Childress *apud* Motta (fazer o resto da referência)

abstraindo os medos e as demais condições que possam, porventura, destruir ou distorcer a habilidade de ação autônoma.²⁷

Impende, assim, observar o fato de uma gama de diretrizes morais poderem estar amparadas neste princípio, tais como dizer a verdade, respeitar a privacidade alheia, proteger informação confidencial, obter consentimento para intervenção em pacientes e, quando solicitado, ajudar os outros na tomada de decisões importantes²⁸.

Destarte, em linhas gerais, o princípio da autonomia tem como finalidade a consolidação da ideia de que o paciente tem o domínio sobre a sua própria vida, devendo ser respeitada a sua intimidade, limitando a intromissão de outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento.

Entretanto, e por fim, é interessante elucidar os contextos clínicos contemporâneos nos quais Loch sinaliza situações em que a autonomia do sujeito se encontra de alguma maneira limitada, estando elas compreendidas:

- a) na incapacidade: tanto a das crianças e adolescentes como aquela causada, em adultos, por diminuição do sensório ou da consciência, e nas patologias neurológicas e psiquiátricas severas;
- b) nas situações de urgência, quando se necessita agir e não se pode obter uma resposta do sujeito;
- c) na obrigação legal de declaração das doenças de notificação compulsória;
- d) no risco grave para a saúde de outras pessoas, cuja identidade é conhecida, estando o médico obrigado a informá-las mesmo sem a autorização do paciente;
- e) nos casos em que o paciente se recusa a ser informado e a participar das decisões.²⁹

1.1.4. O Princípio da Justiça

Clotet, de maneira resumida, sinaliza o princípio da justiça como aquele que exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que concerne ao exercício da medicina ou a área da saúde como um todo. Para tanto, ele se fundamenta nos ensinamentos filosóficos de

²⁷ Motta, Katia Borges. Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino. 2007 (tá na pasta TCC)

²⁸ Motta

²⁹ LOCHE, Jussara de Azambuja. Princípios da Bioética.

Aristóteles e John Rawls, e avalia que uma pessoa será vítima de uma injustiça quando lhe for negado um bem ao qual tenha direito o qual, nesta medida, lhe seria devido³⁰.

De um ponto de vista mais alargado, Motta, ao interpretar Junges, prescreve que frente às possibilidades surgidas com o progresso da medicina, o princípio da justiça tem caráter decisivo em dois sentidos: “devido ao direito fundamental à igualdade de respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde, e também em relação à necessária equidade na distribuição dos recursos”³¹.

Este duplo aspecto vem corroborar com o entendimento de Beuchamp e Childress, segundo os quais a justiça distributiva está compreendida como sendo a distribuição justa e apropriada de direitos e deveres em sociedade, justificada por normas que estruturam os termos da cooperação social³². E é neste contexto que eles assinalam que o debate se apequena, vinculando-se tão somente à escassez de recursos, à delimitação de prioridades e ao estabelecimento de parâmetros para sua distribuição, fazendo com que o princípio da justiça não ocupe a sua devida posição de destaque em termos de importância social.

1.2. BIODIREITO

O século XX foi um marco na evolução das ciências biomédicas, e isso fez com que novas relações jurídicas passassem a ser enfrentadas. Quadros inéditos como o transplante de órgãos e tecidos³³ e o avanço das pesquisas sobre clonagem, bem como outras questões, mais antigas, mas ainda em constante debate, como o aborto e a eutanásia, mostraram que o direito existente à época não seria suficientemente capaz de lidar com esse novo contexto.

Assim, diante da incapacidade dos conceitos, categorias e institutos do direito civil clássico para a regulação das relações sociais que surgiram na esteira dos avanços científicos e tecnológicos da biologia e, especialmente, da engenharia genética, surgiu o

³⁰ CLOTET, Joaquim. Bioética: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.

³¹ Motta

³² BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press, 2001.

³³ Transplante de Órgãos. Hospital Albert Eisten. <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acesso em 05 nov. 15

chamado biodireito. E, a partir de então, este passou a tratar da novel conjuntura social, em que o homem é tido não somente como ser individual, mas como parte da espécie humana³⁴.

Santos³⁵, ao conceituar o biodireito, o aponta como sendo a positivação das normas bioéticas. Ele assenta que o biodireito se revela como a normatização, na esfera jurídica, das permissões de comportamentos médico-científicos e de sanções pelo descumprimento destas normas.

Some-se a ideia de Santos a conceituação de Barboza³⁶ que, referendando o Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, trata o biodireito, em um primeiro momento como o ramo do direito que cuida da teoria, da legislação e da jurisprudência relacionados às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina.

E é também neste sentido que Motta³⁷ pondera que o biodireito se estabeleceu ao lado da bioética, na medida em que os acontecimentos biotecnológicos tornaram-se do interesse de todos, deixando de serem preocupações exclusivas da ética e adentrando, também, no campo de atuação do Direito.

Todavia, perceber o biodireito, assim como a bioética, de forma separada dos conteúdos que lhes rondam é uma posição arriscada, motivo pelo qual não é seguida por todos os autores do assunto. Nesta linha, se encontra Neves³⁸ que denomina o biodireito como "um fenômeno tipicamente europeu, sem correspondente exato na cultura anglo-saxônica, devendo constituir-se em espaço de interação interdisciplinar e não em mais um ramo do ordenamento jurídico".

Corroborando com esta ideia, é possível notar que na legislação brasileira os elementos relativos ao biodireito encontram-se pulverizados desde a Carta Magna de 1988,

³⁴ SANTOS, Ana Célia de Julio. DA VIDA HUMANA E SEUS NOVOS PARADIGMAS: A MANIPULAÇÃO GENÉTICA E AS IMPLICAÇÕES NA ESFERA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. Londrina/PR.

³⁵ Idem referência 33

³⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO. Disponível em <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/BIODIREITO%20PRINCIPIO.pdf>>

³⁷ A Motta de sempre

³⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. Bioética e biodireito. In: NEVES, Maria do Céu Patrão. (Coord.). Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana. 2ª ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502.

passando pelos diplomas civil e penal, e insertos com maior clareza em legislações esparsas, como a Lei de Biossegurança (11.105/2005) e a Lei de Transplantes de Órgãos (9.434/1997).

Garrafa, ao tratar da positivação dos preceitos bioéticos, entende que “deve existir um equilíbrio entre a liberdade do pesquisador e a severidade da imposição legal proibitiva”³⁹. Para tanto, ele afirma que no processo de criação do biodireito, ao se judicializar a bioética, precisam ser formadas normas positivas, afirmativas, “evitando-se regras sobre proibições que podem deter a força libertadora da ciência e da técnica”⁴⁰, e mais, que tais benesses tragam benefícios a todos os povos.

Assim, as regulações trazidas pelo biodireito tendem a “caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana”⁴¹.

1.2.1. A Principiologia do Biodireito

Para transcender a esfera da teoria e ser posto em prática, o biodireito se calça de uma principiologia que lhe serve como parâmetro para a criação e interpretação da legislação relacionada à regulamentação jurídica da problemática bioética⁴².

E, estando biodireito e bioética tão intimamente relacionados, é natural que ambos se valham de princípios iguais ou equivalentes. A exemplo disto, tem-se os princípios da autonomia, beneficência e justiça importados da esfera filosófica para a jurídica.

Assim, restam como próprios do biodireito, conforme elencados por Maluf⁴³, os seguintes princípios: a) da sacralidade da vida – cuja essência pode ser percebida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, quando este trata da inviolabilidade do direito à vida; b) da dignidade da pessoa humana – que tem como fundamento a proteção da vida humana em sua

³⁹ SANTOS, Ana Célia de Julio. DA VIDA HUMANA E SEUS NOVOS PARADIGMAS: A MANIPULAÇÃO GENÉTICA E AS IMPLICAÇÕES NA ESFERA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. Londrina/PR. P. 43/44

⁴⁰ GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.) Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 105.

⁴¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito – 1ª edição. Atlas, 2010. P. 17

⁴² GRACIA, Diego. Fundamentos de bioética. Madrid: Eudema, 1989. P. 576 ss.

⁴³ Idem 40

magnitude, e é um desdobramento do princípio anterior; c) da cooperação entre os povos – a qual respalda o livre intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países, visando a preservação ambiental e das espécies viventes⁴⁴; d) da precaução – que versa sobre os cuidados antecipados nas práticas médicas e biotecnológicas, de acordo com o caso concreto, e visa minimizar/bloquear consequências de caráter maléfico (direto ou indireto) para o ser humano, isto é, determinadas pesquisas só devem passar para o campo prático quando restar comprovadamente segura e; e) da ubiquidade – segundo o qual o meio ambiente e a integridade genética são elementos onipresentes e por tanto devem ser preservados; a este princípio se vincula a ideia de proteção do patrimônio genético humano, por meio da qual se assegura a manutenção das características essenciais da espécie e o impedimento de experimentações que visem trazer mutações indesejáveis a toda a humanidade.

⁴⁴ Idem 40

2. OS DIREITOS REPRODUTIVOS E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Para que seja possível escolher o sexo do futuro filho de uma pessoa, existem atualmente duas opções: a adoção, em que a criança já existe e o adotante tem a liberalidade da escolha do sexo de quem pretende adotar, e o procedimento chamado de diagnóstico genético pré-implantacional, o DGPI, que será melhor explicado adiante, mas que é, em síntese, uma técnica utilizada nos casos em que se recorre à fertilização *in vitro* (FIV), uma das técnicas de reprodução humana assistida mais utilizadas.

Contudo, independentemente da escolha ou não do sexo desse filho vindouro, o que se tem colocado aqui é uma questão de planejamento familiar, o qual, desde 1988, passou a ter tutela constitucional no artigo 226, §7º, e que tem como um de seus desdobramentos elementares os direitos reprodutivos, um dos temas deste capítulo.

Em uma breve digressão é importante observar que ambos os direitos retro citados têm como ponto de encontro entre si e, também, com a bioética e o biodireito, o princípio que lhes fundamenta: a dignidade da pessoa humana – pedra fundamental da Constituição da República. Isso serve para reforçar o caráter interdisciplinar inerente à discussão a que se propõe este trabalho.

E o que são os direitos reprodutivos? Esta é uma pergunta cuja resposta não consegue ser tão concreta quanto o resultado da soma de “1+1”, mas é possível dizer que quando do seu surgimento eles estavam incutidos na ideia de controle de natalidade – não em seu aspecto de regulador demográfico, e sim sob a perspectiva da mulher, enquanto sujeito de direitos, poder decidir se quer ou não ter filhos.

Para alcançar uma resposta atual e mais precisa quanto ao questionamento anterior é necessário que se demonstre o contexto em que os direitos em tela surgem, bem como as influências por ele sofridas ao longo dos anos, até que então se chegue a sua conceituação mais moderna.

Assim, é válido destacar o posicionamento de Motta, para quem os direitos reprodutivos são “fruto da contribuição dos movimentos feministas mundiais que introduziram a discussão dos padrões socioculturais vigentes em relação à vida sexual e à

reprodução humana, e que resultaram, conseqüentemente, em conquistas concretas para as mulheres”.⁴⁵ Nesta oportunidade a autora dá destaque ao principal fio condutor do surgimento e da evolução dos direitos em questão: os movimentos feministas.

Frisando a importância destes movimentos e sinalizando o marco inicial para os direitos reprodutivos, Corrêa e Petchesky assinalam que

a ideia de que as mulheres devem ser particularmente capazes de ‘decidir se, quando e como querem ter seus filhos’ teve origem nos movimentos feministas de controle de natalidade que se desenvolveram principalmente entre os socialistas ingleses por volta de 1830, e se espalhou por várias partes do mundo ao longo do último século [...].⁴⁶

Ao espalhar a ideia dos direitos reprodutivos pelo mundo, os grupos feministas foram moldando-os de forma a lhes acrescentar novas características de acordo com a época, mas mantendo “as suas raízes com relação às ideias de integridade corporal e autodeterminação sexual”⁴⁷ das mulheres.

No transcorrer da primeira metade do século XX alguns coletivos femininos da Inglaterra e dos Estados Unidos passaram a associar aos direitos reprodutivos a questão da emancipação social e política, e ainda, “à sua necessidade de ‘possuir e controlar’ seus corpos e obter conhecimentos sobre sexualidade e satisfação sexual”⁴⁸. Em contrapartida, existiram outros grupos em que foi vinculada aos direitos reprodutivos uma perspectiva mais reticente, associada ao direito das mulheres recusarem o sexo e a gravidez que lhes fossem indesejados.

Independentemente daquilo que fosse associado a significação dos direitos reprodutivos, o que as mulheres à época buscavam estava fundamentado nos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal, e para que elas pudessem alcançar uma posição de equivalências aos homens, deveriam determinar os usos – sexuais, reprodutivos ou outros – de seus corpos (e mentes)”⁴⁹.

⁴⁵ Motta

⁴⁶ CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. Rio de Janeiro. PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva, 147-177. 1996. p. 151

⁴⁷ CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. Rio de Janeiro. PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva, 147-177. 1996. p. 151

⁴⁸ CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. Rio de Janeiro. PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva, 147-177. 1996. p. 152

⁴⁹ CORRÊA

O fato é que, do final dos anos 1970 ao início de 1980, os grupos femininos passaram a investir no desenvolvimento dos significados dos direitos reprodutivos e sexuais e estes então se expandiram. Com isso, segundo Corrêa e Petchesky, eles passaram a englobar

tanto um espectro de necessidades mais amplas que a regulação da fecundidade (incluindo, por exemplo, mortalidade infantil e materna, infertilidade, esterilização indesejada, mutilação de meninas e mulheres, mutilação genital feminina, violência sexual e doenças sexualmente transmissíveis), quanto uma melhor compreensão das condições estruturais que restringem as decisões sexuais e reprodutivas (tais como cortes nos investimentos sociais por efeito de programas de ajuste estrutural; falta de transporte, água, estruturas sanitárias; analfabetismo e pobreza).⁵⁰

Apesar da força que os movimentos que militavam pelos direitos reprodutivos ganhou ao longo do século passado, foi somente em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), que eles foram reconhecidos como direitos humanos por quase duzentos países. Na oportunidade foi elaborado a Plataforma de Ação do Cairo que teve por objeto a defesa das premissas de direitos humanos, bem-estar social e igualdade de gênero, além do planejamento familiar para as questões da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos⁵¹, tendo estes sido definidos da seguinte forma:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e **a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer**, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência. (Capítulo VII, § 7.3).⁵²(grifou-se)

Com isso, tais direitos passaram a ser reconhecidos e legitimados pelos países signatários, e estes passaram a adotar políticas públicas, em especial as voltadas para a

⁵⁰ CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. Rio de Janeiro. PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva, 147-177. 1996. p. 153

⁵¹ CORRÊA, Sônia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Capítulo 1. p. 29. Disponível em:

<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/outraspub/ind_mun_saude_sex_rep/ind_mun_saude_sex_rep_capitulo1_p27a62.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

⁵² Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p. 7. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

promoção do acesso à saúde, de modo a proporcionar aos cidadãos todos os meios necessários ao exercício pleno desses direitos, inclusive no que diz respeito as técnicas de reprodução humana assistida.

No Brasil, no ano de 2005, foi lançado pelo Ministério da Saúde a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, que teve como principais eixos de ação a ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis (denominados não-cirúrgicos), o aumento do acesso à esterilização cirúrgica voluntária e a introdução da reprodução humana assistida no Sistema Único de Saúde (SUS).⁵³

Em paralelo foi publicado também uma portaria de autoria do mesmo ministério na qual ficou instituída, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, que tem por objetivo a ampliação do acesso de casais às ações para o tratamento da infertilidade e também para os casos de portadores de doenças genéticas ou infectocontagiosas, como a AIDS e hepatites virais, evitando assim que transmitam esses problemas aos parceiros e filhos⁵⁴.

2.2. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As técnicas de reprodução humana assistida, também chamadas de TRHAs, se desenvolveram e se propagaram bastante nas últimas cinco ou seis décadas, coincidentemente foi nesse mesmo período que os direitos reprodutivos foram ganhando mais espaço.

Cabe observar ainda que apesar dos recentes progressos na reprodução humana assistida, o seu surgimento remonta ao final do século XVIII, época em que a inseminação

⁵³ ANDRADE, Juliana. Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos terá ações educativas. Agência Brasil. Brasília-DF. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2005-03-22/politica-nacional-de-direitos-sexuais-e-reprodutivos-tera-acoes-educativas>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁵⁴ SUS oferecerá reprodução assistida. Agência Saúde. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.ibvivavida.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=233:not0275&catid=34:noticias&Itemid=54>. Acesso em 10 nov. 15.

artificial já acontecia há muito nos rebanhos bovinos, tendo sido utilizada em seres humanos por volta dos anos de 1776 e 1779⁵⁵.

Com o passar do tempo, inúmeras foram as descobertas e conquistas no setor biotecnológico, sendo que em sede de inseminação artificial, TRHA mais comum até o final da década de 1970, Motta observa que um importante impulso aconteceu após a adoção do congelamento de sêmen, que foi realizado com sucesso em humanos em 1953, por Bunge e Sherman, e foi introduzido na prática clínica ainda na década de 50, alcançado a sua plena vigência a partir dos anos 70.⁵⁶

Todavia a verdadeira revolução no que se refere a reprodução humana ocorreu em 1978, na Inglaterra, com o nascimento do primeiro ser humano produzido fora do organismo materno (o primeiro “bebê de proveta”), utilizando-se com ineditismo a fertilização *in vitro* (FIV) em uma mulher.

Nesse ponto é oportuno notar que no ano seguinte, em 1979, foi publicado o principal livro acerca da bioética, a qual se tornou um dos principais elementos reguladores das questões biológicas, deixando evidente que na medida em que as biotecnologias avançavam os meios para regulá-las também o faziam.

E para que se regule algo, é essencial a existência de um conceito sobre o assunto, assim Barboza considera que as técnicas de reprodução humana assistida são todos aqueles procedimentos médicos que promovem a reprodução humana sem a necessidade de haver contato sexual entre um homem e uma mulher⁵⁷. E Badalotti acrescenta que as TRHAs são técnicas que visam a obtenção de uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo⁵⁸.

Por derradeiro, antes de adentrar com mais afinco na fertilização *in vitro*, técnica essencial para que seja possível escolher o sexo do bebê, é preciso esclarecer que a reprodução assistida pode acontecer de duas maneiras distintas, uma denominada de

⁵⁵ MOTTA,

⁵⁶ AÑÓN, Carlos Lema. Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 32. In MOTTA, (...)

⁵⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. Parecer. p. 2

⁵⁸ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords). Bioética: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 153

homóloga, que serve para os casos em que os gametas⁵⁹ utilizados pertencem ao “casal”, e outra dita heteróloga, na qual o material genético a ser utilizado vem de um terceiro⁶⁰.

2.1.1. A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (FIV)

Sobre a fertilização *in vitro*, Badalotti explica que se trata, atualmente, da mais comum das técnicas de reprodução assistida, nela “a fertilização e o desenvolvimento inicial dos embriões ocorrem fora do corpo, no laboratório, e os embriões resultantes são transferidos habitualmente para o útero”⁶¹. A autora esclarece ainda que a técnica foi usada, inicialmente, para resolver problemas de casais em que a mulher apresentava trompas danificadas de forma irreversível, sendo que nos dias atuais, teve sua indicação ampliada e é utilizada para “casos de fator masculino severo, endometriose, fatos imunológicos e infertilidade sem causa”, sendo que o índice médio de gravidez fica em torno dos 20-25% por ciclo⁶².

Para que a FIV aconteça, o procedimento inicial é a estimulação ovariana, ocasião em que a mulher, ao invés de produzir apenas um óvulo, produz vários; na sequência estes óvulos são então aspirados e separados, sendo alguns utilizados para a paciente – os que serão fecundados pelos espermatozoides de seu marido ou de um doador –, e os demais são congelados e ficam no banco de óvulos, podendo ser transplantados na mesma receptora, caso seja necessário⁶³.

Com a fecundação dos óvulos, os embriões são então transferidos para o útero da mãe, sendo que a quantidade a ser implantada varia de acordo com a idade da mulher,

⁵⁹ Segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, gameta é cada uma das duas células sexuais maduras entre as quais se opera a fecundação: gameta masculino, ou espermatozoide, e gameta feminino, ou óvulo.

⁶⁰ Para informações mais detalhadas sobre o assunto ver TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Clauzia Chmitt. A investigação de paternidade na reprodução humana assistida heteróloga. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11616>. Acesso em: 10 nov. 15.

⁶¹ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coords). Bioética: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 154.

⁶² Ibidem

⁶³ SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. In: Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. p. 352-353

conforme determina a Resolução 2.121/2015 do CFM⁶⁴. Feito isto, a receptora passará então a ter uma gestação como qualquer outra.

Entretanto, para que seja possível escolher o sexo do bebê a ser gestado, ideia central desta pesquisa, o procedimento da FIV pode sofrer dois tipos diferentes de alteração, uma no momento anterior à fecundação e outra entre o momento da fertilização e o da implantação dos embriões no útero materno. E estas mudanças serão melhor abordadas a seguir.

2.1.1.1. DIAGNÓSTICO PRÉ-FERTILIZAÇÃO

Este método de sexagem é aplicado antes mesmo da fertilização do óvulo, daí o nome, e segundo Rodrigues, consiste na coleta dos espermatozoides do pai e a sua submissão a um processo de centrifugação, no qual os elementos de densidades diferentes são separados através de um rápido movimento de rotação. Com isso, os espermatozoides que carregam o cromossomo Y (mais leve) que gera meninos, são apartados dos que contém o X (mais pesado), que gera meninas⁶⁵.

A partir dessa separação, é possível “enriquecer uma amostra seminal com maior quantidade de determinado tipo de espermatozoide (X ou Y) e utilizar estes espermatozoides para tratamento de inseminação”⁶⁶. Contudo é preciso destacar que esse procedimento “só funciona nos homens que tem contagem espermática normal, e aumenta apenas um pouco a possibilidade de gravidez de um determinado sexo em relação ao que acontece na natureza”⁶⁷.

2.1.1.2. O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL (DGPI)

⁶⁴ Segundo a Resolução a quantidade de embriões a serem transferidos de acordo com a idade da receptora se dá da seguinte maneira: "a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos."

⁶⁵ RODRIGUES, Fábio Eugênio. Fortaleza possui tecnologia para a escolha do sexo do bebê. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2010/04/fortaleza-possui-tecnologia-para-a-escolha-do-sexo-do-bebe/>>. Acesso em: 11 nov. 15.

⁶⁶ Ibidem

⁶⁷ Ibidem

Segundo Mendes e Costa, o diagnóstico genético pré-implantacional, conhecido como DGPI ou PGD (do inglês pre-implantation genetic diagnosis), é

uma técnica derivada dos procedimentos de reprodução humana assistida (RHA). É realizado em embriões obtidos pela técnica de fertilização *in vitro* antes de sua implantação no útero, permitindo o diagnóstico de um grande número de doenças genéticas nestes embriões.⁶⁸

Rodrigues acrescenta que nesse método “os óvulos são retirados, fertilizados *in vitro* e, no terceiro dia, remove-se uma célula de cada embrião para submetê-la à biópsia”.⁶⁹ O autor continua e esclarece que “esse exame revela o sexo com quase 100% de acerto e detecta possíveis doenças genéticas no futuro bebê, inclusive a Síndrome de Down”.⁷⁰

Assim, com a aplicação do DGPI, uma vez identificado o sexo dos embriões, se torna possível implantar no útero somente aqueles escolhidos, sejam eles femininos ou masculinos.

Cabe aqui destacar que de acordo com a regulamentação do Conselho Federal de Medicina nem o diagnóstico pré-fertilização, nem o diagnóstico genético pré-implantacional podem ser utilizados na escolha do sexo do bebê por vontade dos pais, conforme se nota no item 5 dos princípios gerais:

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.⁷¹

⁶⁸ MENDES, Marcela Custodio; COSTA, Ana Paula Pimentel.

⁶⁹ RODRIGUES, Fábio Eugênio. Fortaleza possui tecnologia para a escolha do sexo do bebê. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2010/04/fortaleza-possui-tecnologia-para-a-escolha-do-sexo-do-bebe/>>. Acesso em: 11 nov. 15.

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 15.

3. A ESCOLHA DO SEXO DO FUTURO FILHO

O Brasil é um país conhecido por ter um vasto ordenamento jurídico, porém apesar da existência de dezenas de milhares de legislações, não há nenhuma que tenha como objeto a regulação das técnicas de reprodução humana assistida e, por consequência, que autorize ou não a escolha do sexo do bebê quando da utilização destas técnicas.

Mesmo não existindo uma lei sobre o assunto, tramitam no Congresso Nacional quase duas dezenas de projetos que visam regulamentar as TRHAs. O mais antigo deles foi proposto em 1997 e o mais recente no início do ano de 2015. Mas enquanto nenhum projeto se torna lei, as TRHAs continuam sendo reguladas de forma infralegal pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Desde 1992, o CFM se vale de resoluções para instruir os profissionais da medicina quanto às normas éticas a serem aplicadas para utilização das técnicas de reprodução assistida. De lá para cá, já foram quatro resoluções diferentes⁷², nas quais o Conselho buscou sempre se atualizar quanto às mudanças ocorridas na sociedade, mas em nenhuma das oportunidades houve qualquer tipo de alteração no tocante a escolha do sexo do futuro filho por razões não terapêuticas.

No intuito de defender a possibilidade da escolha do sexo por vontade dos pais⁷³ é que se desenvolverá este capítulo. Para tanto, serão observados os principais aspectos utilizados contra e a favor da ideia, de modo que ao final seja possível demonstrar de maneira cristalina que, no Brasil, a autorização de tal opção não fere os princípios bioéticos que norteiam o exercício da medicina, tampouco se constitui em um ato ilegal ou inconstitucional.

3.1. Por que fazer a seleção do sexo na reprodução humana assistida

⁷² Cronologicamente as resoluções publicadas pelo CFM foram: 1.358/1992, 1.957/2010, 2.013/2013 e, a mais recente que se encontra em vigor, 2.121/2015. Cada uma das resoluções foi revogando a anteriormente publicada na medida em que ditava novas diretrizes, abrangendo perspectivas sociais mais modernas como a inclusão dos casais homoafetivos no rol daqueles que podem ter acesso às TRHAs e a flexibilização da idade limite para que uma mulher possa usar alguma TRHA.

⁷³ Pais aqui está aplicado em seu sentido mais amplo, haja vista a diversidade de formatos familiares existentes nos dias de hoje.

O grande mote para assegurar o direito à escolha do sexo do futuro filho está respaldado na garantia constitucional da autonomia reprodutiva, que é uma consequência dos direitos reprodutivos enquanto elementos fundamentais do planejamento familiar e, também, em boa parte dos princípios de bioética e biodireito tratados no capítulo inicial. Para que isso possa ficar mais evidente, serão abordados a seguir cada um desses fatores.

Inicialmente, ao tratar da autonomia reprodutiva, é mais construtivo fazê-lo em conjunto com o princípio bioético e biojurídico da autonomia, haja vista o notório liame entre os dois.

Assim, ao tratar da autonomia enquanto princípio, nota-se que ela prevê que o sujeito deverá ter liberdade, isto é, não sofrer nenhuma influência controladora, para que então exerça a sua capacidade de agir intencionalmente, decidindo com coerência quanto às alternativas que lhe são colocadas.

Já a autonomia reprodutiva pode ser vista como o princípio retro citado colocado em prática em sede de reprodução humana. Isso quer dizer que o(s) indivíduo(s) deve(m) ser capaz(es) de tomar decisões quanto a seu projeto reprodutivo sem que haja qualquer interferência externa. Contudo, na tomada destas decisões é necessário estar atento para que não haja negligência quanto ao caráter social das pessoas e a forma como suas decisões impactam as das outras.

À luz da Constituição e no contexto em que se colocam, esses princípios podem ser abstraídos da redação do parágrafo 7º do artigo 226 da CF, segundo o qual:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas**.⁷⁴ (grifou-se)

Em linhas gerais, o constituinte, ao tratar do planejamento familiar, positivou parte da essência dos dois princípios da autonomia e somou a eles outros dois fundamentos extremamente importantes: a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, que servirão também como elementos garantidores da sexagem por vontade dos pais na FIV.

⁷⁴ BRASIL. Constituição. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

A paternidade responsável, segundo Pires, traduz-se em responsabilidade e tem seu início a partir da concepção, estendendo-se enquanto for necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais⁷⁵. Assim, sob a perspectiva da reprodução assistida, esta responsabilidade se engrandece ainda mais, haja vista que no momento da concepção os pais estão profundamente engajados, posto que esta é a sua última *ratio* para conceber um filho.

Não obstante, além do maior engajamento, se os pais tiverem assegurado o direito de escolher o sexo do futuro filho quando se utilizarem da FIV, lhes será dado um “benefício” que hoje é exclusivo de quem recorre à adoção. Optar pelo sexo masculino ou feminino é garantir que os indivíduos que estão se reproduzindo tem autonomia plena em seu planejamento familiar. E mais, que não se frustrarão caso se achem mais preparados para a paternidade de um menino ou uma menina.

Nesse ponto, surge o argumento contrário denominado por muitos de eugenia, no título a seguir será melhor abordado e desmistificado. Por ora, vale somente apontar o contexto em que ele surge nessa discussão.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, outro dos fundamentos acrescentados pela Constituição ao planejamento familiar, é importante destacar que a dignidade aqui tratada é a dos pais e a do filho já em sua condição de nascituro. Não se pode, a essa altura, tratar desta principiologia segundo a lógica daqueles que entendem que um embrião, ainda em sua condição de pré-implantado, está assegurado da mesma dignidade que uma pessoa, que um sujeito de direitos já concebido.

Por outro turno, é imprescindível notar que a sexagem deve ser vista como um benefício para aqueles que se socorrem da FIV, é uma espécie de afago para quem não conseguiu ter um filho de forma natural. Com isso, é possível notar a presença do princípio bioético da beneficência, uma vez que selecionar o sexo é uma maneira de produzir um melhor resultado na reprodução assistida, é uma forma de maximizar os benefícios de quem está se sujeitando a esse procedimento médico.

⁷⁵ PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da Paternidade Responsável. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24305/principio-da-paternidade-responsavel#ixzz3sAqLChYd>>. Acesso em: 11 nov. 15.

Afora o princípio da beneficência, é possível verificar a incidência de seu revés negativo, o princípio da não-maleficência. Este é notado na medida em que a manipulação do embrião somente para selecionar o sexo não lhe acarreta nenhum prejuízo, nem tampouco àquela que virá a gestá-lo. Um bom exemplo disso é o fato de que em várias clínicas dos Estados Unidos a sexagem via DGPI já vem acontecendo há alguns anos e até hoje não foi reportado nenhum dano decorrente do procedimento⁷⁶.

No mais, nota-se também que a sexagem por razões não terapêuticas é capaz de assegurar a aplicação de princípios biojurídicos como o da precaução e da ubiquidade. A precaução se verifica na medida em que a prática da seleção do sexo através do diagnóstico pré-implantacional é plenamente segura, e já vem sendo feita nos casos em que há a necessidade médica e em outros países que permitem seu uso caso haja desejo dos pais. A ubiquidade fica cristalina pelo fato de que a técnica em voga é incapaz de lesionar o patrimônio genético humano, ela simplesmente direciona o nascimento de uma criança de um sexo ou de outro.

Por derradeiro, alguns fatos interessantes precisam ser abordados para que fique ainda mais claro que a escolha do sexo deve ser vista como um direito dos pais que se valem das TRHAs.

O primeiro deles diz respeito aos dados do 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)⁷⁷, da Anvisa, que no ano de 2014 registrou que foram realizados, nos 106 centros de reprodução assistida cadastrados e distribuídos por todo o território nacional, 27.871 procedimentos de fertilização *in vitro*.

Levando em conta que as chances de sucesso desse procedimento em 2014, segundo o mesmo relatório, giraram em torno dos 74%, pode-se afirmar que, havendo nascido somente uma criança para cada FIV bem-sucedida, ao longo desse ano nasceram pouco mais de 20.600 “bebês de proveta” no Brasil.

⁷⁶ Casais estrangeiros vão aos EUA para escolher o sexo do bebê. Estadão. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,casais-estrangeiros-vao-aos-eua-para-escolher-o-sexo-do-bebe,20060614p63423>>. Acesso em: 11 nov. 15.

⁷⁷ 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. ANVISA. Brasil. p. 7. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/9cddb8004840da35a438a5bdc15bfe28/sisembrio8.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 12 nov. 15.

Essa informação, quando contextualizada com a taxa bruta de natalidade⁷⁸ fornecida pelo IBGE, faz com que se perceba o quão ínfima é a participação da fertilização *in vitro* na totalidade dos nascimentos ocorridos ao longo de um ano. Para que se tenha ideia, a taxa bruta de natalidade prevista para 2014 foi de 14,47 a cada mil habitantes, isso significa que, com base nos dados do IBGE, nasceram cerca de 2,9 milhões de crianças no ano passado e desse total apenas 0,7% foram as concebidas a partir da FIV.

A essas informações deve ser acrescentado o resultado de uma pesquisa publicada na revista semanal *Veja*, em que foi perguntado ao leitor: “se você pudesse ter um só descendente, o que escolheria?”⁷⁹. As opções dadas foram: meninos, meninas e indiferente. Dentre os 1.616 leitores que responderam ao questionamento 37% indicaram a preferência por meninos, 32% por meninas e 31% se disseram indiferentes quanto ao sexo.⁸⁰

Diante de todos esses dados, o que se quer evidenciar é que ainda que os pais exerçam o hipotético direito de selecionar o sexo do futuro filho quando utilizarem uma TRHA, isso não será capaz de provocar nenhum dano efetivo à sociedade brasileira. Fato este que evidencia ainda mais a ideia de que o princípio da autonomia reprodutiva deve ser respeitado e aos pais deve ser garantida a chance de escolher se terão um menino ou uma menina no contexto aqui discutido.

Para encerrar este item outro fato curioso precisa ser colocado. De acordo com um estudo sobre o uso do DGPI realizado durante o 53º Congresso Brasileiro de Ginecologia e Obstetrícia, com 723 médicos, ficou evidenciado que para 36.4% destes médicos a seleção do sexo deve ser uma escolha do casal, 42.6% consideraram que ela só deve ser possível em algumas situações e apenas 17.4% consideraram que ela nunca deve ser possível.⁸¹

E diante deste resultado é válido apresentar algumas informações elencadas por Frias em seu estudo sobre manipulação de embriões, quando tratada da questão da seleção do sexo por razões não médicas:

⁷⁸ Taxa Bruta de Natalidade por mil habitantes – Brasil – 2000 a 2015. IBGE. Disponível em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html>>. Acesso em: 12 nov. 15.

⁷⁹ Zatz, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo Livros, 2012. p.62.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Opinions concerning pre-implantation genetic diagnosis and sex selection among gynecologist-obstetricians in Brazil. NCBI. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19926204>>. Acesso em: 13 nov. 15.

“A Revista Veja cita a opinião de médicos segundo os quais, como o CFM só reage mediante uma denúncia, e nenhuma jamais lhe foi levada sobre o assunto, ‘quem quer faz e pronto’. Os médicos que a descumprem – ‘e não são poucos’, segundo a reportagem – alegam que a norma é velha e os tempos mudaram; [...] a maioria das mulheres que buscam a reprodução assistida tem mais de 35 anos, faria o exame do embrião de qualquer forma para identificar problemas de saúde nele, de maneira que a verificação de sexo ‘é mera consequência’ e não oferece risco extra ao embrião. ‘Com os embriões ali à mão, examinados e selecionados, o que custa perguntar se o casal prefere menino ou menina?’”⁸² (grifou-se)

Apesar da edição da revista em comento ser do ano de 2004, ela deixa no ar a ideia de que muitos casais já devem ter exercido seu direito legítimo de escolher o sexo do filho vindouro em várias clínicas espalhadas pelo Brasil. Assim, a adequação da resolução 2.121/2015 do CFM ou a promulgação de uma lei sobre o assunto deve estar atenta ao fato de que a sexagem já acontece, não provoca nenhum distúrbio social e é capaz de garantir àqueles que dela se valem o alcance da plena felicidade na concretização de seu planejamento familiar. Pode não parecer, mas para muitos casais a escolha de um menino ou uma menina significa a sua realização enquanto paternal, e uma vez que isso não lesiona o direito de ninguém, deve ser respeitado e assegurado pelas vias adequadas.

3.2. Por que NÃO fazer a seleção do sexo na reprodução humana assistida

Os argumentos de quem sustenta que a seleção do sexo do futuro filho não deve ser feita, se não por motivos médicos, são inúmeros. Neste título, as principais questões suscitadas por quem não vê como adequada a sexagem por razões sociais (vontade dos pais) serão abordadas e, na medida do possível, esvaziadas ou desconstruídas.

Dentre os aspectos a serem tratados a seguir, estão a lesão ao direito à vida, o risco da eugenia, a coisificação do ser humano e os seus prováveis desdobramentos, a discriminação de “gênero” e os riscos de desequilíbrio populacional. Eles não representam a totalidade de argumentos, mas consubstanciam-se nos mais relevantes.

Cabe destacar ainda que, apesar de os fatores religiosos serem um elemento de forte influência para a negativa da sexagem e da própria manipulação genética de embriões

⁸² FRIAS, Lincoln. A ética do uso e da seleção de embriões. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012. p.243.

como um todo, estes não serão tratados por esta pesquisa pelo simples fato de que o Brasil é um país laico, não estando submetido ao julgo dos entendimentos de qualquer religião.

3.2.1. A lesão do direito à vida

O primeiro argumento a ser abordado no contexto em que se propõe essa discussão tem uma importante opinião expressada pelo filósofo Joaquim Clotet, para quem

a seleção de sexo envolvendo a triagem de embriões antes da transferência ao útero é eticamente questionável, pois pode resultar na rejeição e/ou o aniquilamento dos embriões que não foram escolhidos. **Por serem seres vivos, ainda que não-nascidos, trata-se da privação de um bem que já é possuído, a vida humana**, e, portanto, de um **ato contrário à justiça**, bem como de uma discriminação. **Lamentavelmente, a vida do denominado embrião excedente é tratada como *commodity*.**⁸³ (grifou-se)

O ponto de vista do autor apesar de ser bastante interessante traz consigo argumentos que podem ser, em certa medida, frágeis e ao mesmo tempo absurdos.

No que se refere aos embriões não escolhidos por não serem do sexo de preferência do casal, Clotet não leva em conta que em praticamente todos os procedimentos de FIV são deixados para trás embriões que por ocasião não irão ser implantados. Selecionar embriões não é exclusividade de quem usa o DPGL. Talvez por isso, ao final de sua argumentação, o autor venha mencionar o conhecido embrião excedentário, que é aquele que ficará guardado após a realização da fertilização (este assunto será retomado mais à frente).

Para além da questão da seleção embrionária, o filósofo trata ainda do assunto tema deste subitem: a lesão ao direito à vida. Na oportunidade ele evidencia que os embriões do sexo oposto ao selecionado pelos pais são privados de seu direito à vida e isso consolida um “ato contrário à justiça”⁸⁴. Assim, a partir de suas assertivas, é possível abstrair dois questionamentos que devem ser melhor abordados, são eles: embriões (*in vitro*) tem direito à vida? e, a discriminação do embrião de um sexo em detrimento de outro fere o princípio bioético da justiça?.

⁸³ CLOTET, Joaquim in CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (orgs.). Seleção de sexo e bioética. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 27. Disponível em: <<https://goo.gl/I0EsDB>>. Acesso em 13 nov. 15.

⁸⁴ Ibid.

Sobre o primeiro questionamento, é preciso observar que sua resposta foi dada pela Suprema Corte brasileira há cerca de sete anos, quando se viu diante da ADI 3510⁸⁵, cujo objeto era o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Na ocasião, os magistrados do STF tiveram de decidir quanto à constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Para tanto foi necessário um profundo debate acerca do direito à vida dos embriões *in vitro*.

Na ocasião, o ministro relator, Carlos Ayres Britto, se posicionou de maneira bastante fundamentada para firmar que aos embriões não é assegurado o mesmo direito à vida que ao ser humano, tendo seu voto sido acompanhado por outros cinco ministros da corte, julgando-se improcedente a ADI em comento. Dentre os argumentos utilizados por Britto, dois trechos merecem destaque, são eles:

É que **a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E **quando se reporta a “direitos da pessoa humana”** (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas **sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”**, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º).

⁸⁵ Assim ficou ementada a ADI 3510: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

[...] a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas **as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.**⁸⁶ (grifou-se)

Frente a esses fundamentos, fica evidente que, hoje, no Brasil, o embrião ainda não implantado no útero materno não tem o mesmo direito de um feto e tampouco o de uma pessoa humana, isto é, a vida assegurada na Constituição é direcionada para aqueles já nascidos, cabendo ao embrião o reconhecimento e proteção infraconstitucionais de sua dignidade, sem que ocorra assim qualquer tipo de discriminação.

Quanto à questão que envolve o princípio bioético e biojurídico da justiça, é preciso notar que quando se opta por um embrião em detrimento de outro, seja por opção de sexo, seja por uma questão de limites da quantidade que pode ser implantada no útero da paciente, ou por qualquer outra razão, age-se sob o véu desse princípio, uma vez que é preciso equilibrar o que é benéfico para as duas “partes” envolvidas nesse procedimento. Para confirmar isso, tome-se o seguinte exemplo: uma paciente de 32 anos recorre a FIV, sendo que são produzidos 6 embriões no momento da fertilização, em respeito à resolução 2121/2015 do CFM, apenas 2 poderão ser implantados; independentemente do método utilizado para selecionar aqueles que irão para o útero da futura gestante, quatro deles terão de ir para criopreservação. Com isso, é possível notar que não implantar todos esses embriões é agir com justiça para com a paciente, que não correrá o risco de ter uma gravidez de sêxtuplos, por exemplo, bem como com os embriões, que por estarem em maior quantidade teriam mais chances de não chegar a termo.

O último aspecto levantado por Clotet diz respeito aos embriões excedentários, vistos por ele como uma espécie de *commodity* humana. Esta perspectiva se desconstruiu ainda no parágrafo anterior, quando se tratou do princípio da justiça, não cabendo dessa forma nenhum prolongamento deste debate. Todavia, a afirmação do filósofo deixa um questionamento ético quanto à destinação das dezenas de milhares de embriões excedentários

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 18 jul. 14.

que estão criopreservados por todo o mundo. Uma importante questão a se refletir, mas que nem é parte do objeto desta pesquisa.

3.2.2. O risco da eugenia

Inicialmente, é preciso entender o que é o argumento da eugenia e para tanto é de grande utilidade o esclarecimento conceitual trazido por Lincoln Frias, segundo o qual

a eugenia considera que problemas sociais como criminalidade, agressividade, instabilidade emocional têm origem nos genes dos indivíduos. A partir disso conclui que a melhor maneira de combater esses problemas é procurar mudar os padrões pelos quais tais genes são transmitidos para as gerações futuras. Ela defende que temos a obrigação de evoluir geneticamente a cada geração, purificando a espécie e aperfeiçoando o homem, em sua saúde, beleza, inteligência e sociabilidade.⁸⁷

A eugenia se divide ainda sob dois aspectos. O positivo, que se refere ao incentivo para “que aqueles com patrimônio genético mais saudável ou mais desejável se reproduzam entre si para que as gerações futuras tenham melhores genes, para que a sociedade seja povoada por bons traços genéticos”⁸⁸, e o negativo que

consiste em evitar a reprodução daqueles com patrimônio genético mais doentio ou mais indesejável (para evitar eufemismos, como “menos saudável” e “menos desejável”), pois, caso eles se reproduzam, as gerações futuras herdarão genes de características indesejáveis, o que será pior para a sociedade, segundo os eugenistas⁸⁹

O grande temor que se tem frente à eugenia surgiu com a aplicação de seu viés negativo pela Alemanha Nazista durante a 2ª Guerra Mundial. Na ocasião, na tentativa de criar uma raça pura, com os melhores genes dos chamados arianos, o governo alemão matou cerca de 6 milhões de pessoas para evitar que seus “genes ruins” se propagassem e atrapalhassem o plano racial nazista.

Assim, Frias pontua que a questão em torno da Eugenia se consubstancia na ideia de que a seleção de embriões é uma prática sujeita aos mesmos abomináveis erros da eugenia

⁸⁷ FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: EdUFSC – Fapemig, 2012. p. 176.

⁸⁸ Id. p. 177.

⁸⁹ Id. p. 178

do século passado, tendendo ao genismo (o preconceito segundo diferenças genéticas) e ao genocídio genético (a destruição de algum grupo geneticamente preterido).⁹⁰

Todavia o mesmo autor, ao desmistificar qualquer chance de se repetirem os absurdos eugênicos do século passado nos dias atuais, evidencia outros fatores que desqualificam essa tese, note-se:

talvez não seja adequado considerar a seleção de embriões um tipo de eugenia porque **é pouco provável que a seleção de embriões seja feita em massa, que a fertilização *in vitro* substitua a reprodução natural**, tal como retratado no livro Admirável Mundo Novo e no filme Gattaca. **O procedimento é muito caro, possui alta taxa de erro, traz sofrimento físico para a mulher por causa da necessidade de induzir superovulação e sofrimento psicológico para o casal por causa da alta taxa de erro, permite selecionar poucas características e escolhe dentre poucos embriões.** Além disso, o intercuro sexual para reprodução possui significado simbólico muito forte em virtualmente todas as culturas, o que sugere que é pouco provável que as pessoas deixem de se reproduzir naturalmente – ao que se deve acrescentar toda a mística que envolve a reprodução natural.⁹¹ (grifou-se)

Diante disso, embora a eugenia seja um alerta importante sobre os riscos que a seleção de embriões pode criar caso seja feita em massa e comanda por governos autoritários⁹², fica evidente que a mera seleção do sexo do filho por vontade nos pais nos casos de FIV não é capaz de incorrer nas monstruosidades propagadas na primeira metade do século passado.

3.2.3. A coisificação do ser humano e seu provável desdobramento

Para uma boa parcela daqueles que estudam as TRHAs, um dos fortes argumentos impeditivos para a sexagem realizada segundo a vontade dos pais é o fato de com isso o embrião proveniente da fertilização passa a ser tratado como uma coisa, um objeto, uma espécie de mercadoria.

No entanto, para que se tenha esse conceito de humano objetificado é preciso que se tenha um ser humano, o que um embrião *in vitro* não é. Como já tratado anteriormente, o embrião é uma vida em potencial, devendo-lhe ser assegurada a sua dignidade, mas enquanto não implantado no útero ele é só isso.

⁹⁰ Id. p. 179

⁹¹ FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: EdUFSC – Fapemig, 2012. p. 182.

⁹² Id. p. 183.

Coisificar talvez melhor se traduza na perspectiva do aborto seletivo, isto é, uma vida intrauterina que vem a ser ceifada por não corresponder às expectativas do casal. Sob essa ótica se faz bastante racional ver aquele ser humano já em fase gestacional ser notado como um mero objeto de realização paterna.

Ademais, é preciso esclarecer que aqueles que se filiam a esta linha de pensamento se opõem a decisão do STF mencionada anteriormente por entenderem que a vida se inicia a partir da concepção, seja no útero, seja em um tubo de ensaio. Neste sentido é que Thomopoulos se posiciona e sustenta que

é preciso ponderar que os óvulos fecundados in vitro ou congelados devem ser equiparados ao óvulo fecundado no ventre materno ou fecundados in vitro e introduzidos no ventre materno. Estes também possuem carga genética própria, e o fato de não terem sido introduzidos no ventre materno não lhes retira a característica de ser humano irrepetível, de modo a não autorizar o seu descarte ou o seu armazenamento por tempo ilimitado, **nem que sejam utilizados para experiências que desrespeitem a sua dignidade, a ponto de serem coisificados e transformados em meio e não em fim em si mesmo.** Portanto, os direitos da personalidade do embrião podem ser verificados e devem ser respeitados desde a concepção, pois o ser individualizado que está sendo gerado tem direito a nascer com vida e, para isso, deve ter acesso a uma gestação adequada, ao pré-natal adequado, e ao respeito à sua individualidade.⁹³

Dos argumentos elencados pelo autor, o mais utilizado por todos os que a esta tese estão filiados é o de tornar o embrião em um meio e não um fim. Mas, ora, quando alguém decide por ter um filho o faz para formar uma família, para que o outro filho tenha com quem brincar, para melhorar o casamento, para agradar os avós, para responder ao chamado biológico, para ter um herdeiro, manter o nome da família etc⁹⁴. Estas escolhas por si só já tornam aquele que irá nascer um meio e não um fim em si mesmo, e nem por isso a maioria da humanidade é condenada por tanto.

Ademais, o que se pode perceber como argumento efetivamente válido quanto ao aspecto da coisificação é o fato de que, ao redor dessa vontade paterna de escolher o sexo do

⁹³ THOMOPOULOS, Paulo Constantino. A coisificação do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31387&seo=1>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁹⁴ WILKINSON, Stephen *apud* FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: EdUFSC – Fapemig, 2012. p. 312.

futuro filho se cria o que os economistas chamam de nicho de mercado. Este sim é um risco inerente a utilização do DGPI por vontade dos pais.

Prova disso é que o mercado de seleção de sexo já movimenta pelo menos US\$ 100 milhões a cada ano, sendo que os EUA é o país que mais lucra com esse nicho pelo fato de não contar com nenhuma regulação que proíba o uso da sexagem. Assim, pessoas de poder aquisitivo razoável espalhadas por todo o mundo buscam nas clínicas norte-americanas a chance de escolher entre um menino ou uma menina para realizarem o seu sonho de paternidade.⁹⁵

3.2.4. A promoção da discriminação de “gênero” e o desequilíbrio populacional

O argumento da discriminação de “gênero” e do desequilíbrio populacional decorrente da sexagem é um problema evidente em países como Índia e China, lugares em que certos valores culturais e religiosos, bem como a questão econômica, acabaram gerando uma preferência confessa por filhos homens⁹⁶.

No Brasil, a autorização da sexagem por razões não terapêuticas não parece ser um fator capaz de promover a discriminação de “gênero”, tampouco provocar o aumento ou diminuição da população masculina ou feminina, estando este aspecto um tanto desligado da realidade social do país. Embora isso não signifique que entre os brasileiros inexistisse tal tipo de discriminação, e sim que este é um elemento muito mais próximo da cultura oriental.

E quanto ao possível desequilíbrio populacional, Frias bem pondera que

Mesmo que se suponha que um número de casais muito grande decida selecionar o sexo dos filhos e que todos eles tenham a mesma preferência por um dos sexos, é possível evitar que isso desequilibre a distribuição sexual da população. [...] a autonomia em geral e a autonomia reprodutiva em particular são valores consensualmente muito importantes, por isso, é preciso preservá-las e expandi-las quando for possível e não for prejudicial. **Escolher o sexo de seu filho é uma decisão que os pais teriam muito interesse em tomar autonomamente (inclusive a decisão de não escolher o sexo do filho).** Portanto, **ao invés de proibir terminantemente a seleção**

⁹⁵ OPINIÃO & NOTÍCIA. Escolha do sexo do bebê: um negócio milionário. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/escolha-do-sexo-do-bebe-um-negocio-milionario/>>. Acesso em: 07 nov. 15.

⁹⁶ Zatz, Mayana. Genética: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo Livros, 2012. p.59.

por sexo porque ela poderia provocar desequilíbrio sexual da população, é melhor elaborar mecanismos legislativos que mantenham os níveis desejáveis de distribuição dos sexos.⁹⁷ (grifou-se)

Assim, frente aos argumentos já suscitados no item pró sexagem, e os ensinamentos de Frias, fica claro que a seleção do sexo não é suficientemente capaz de provocar uma desordem social a nível de propagar posturas sexistas ou causar um desequilíbrio populacional. Daí então deveria ser respeitado o “direito” dos pais de poderem, por ocasião da FIV, com o uso do DGPI, optar por terem um filho homem ou uma filha mulher.

3.3. Derradeira consideração acerca da sexagem

Ao longo deste capítulo buscou-se argumentar favoravelmente à escolha do sexo nos casos em que há o uso do DGPI, todavia existe uma outra possibilidade de seleção do sexo, já mencionada no título 2 e que ocorre não pela escolha do embrião, mas pela separação dos espermatozoides.

Esta técnica, apesar de também ser vedada pela Resolução 2.121/2015 do CFM, é melhor aceita tanto pelo meio médico, quanto pelos estudiosos do assunto. Pelo fato de não entrar no “olho do furacão” que é o início da vida, a mera seleção de espermatozoides com ou sem o cromossomo Y antes da fecundação do óvulo acaba não gerando maiores polêmicas.⁹⁸

Assim, não é preciso fazer qualquer tipo de defesa quanto ao seu uso, cabendo destacar que, uma vez assegurada aos pais a chance de escolher o sexo do futuro filho, não importa por qual método ela será garantida, mas sim que não haja qualquer tipo de cerceamento, estatal ou paraestatal.

⁹⁷ FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: EdUFSC – Fapemig, 2012. p. 298-299.

⁹⁸ BIOS CENTRO DE MEDICINA REPRODUTIVA. **A escolha do sexo do bebê**. Disponível em: <<http://www.bios.med.br/artigos-e-publicacoes/a-escolha-do-sexo-do-bebe/>>. Acesso em: 10 nov. 15.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi apresentado ao longo deste trabalho se espera que tenha ficado nítido que assegurar aos pais a oportunidade de escolherem entre menino ou menina quando recorrerem à FIV e utilizarem o DGPI, é uma questão de extensão do direito de planejamento familiar.

Assim como aconteceu com os primeiros casos de transplantes de órgãos, de barriga de substituição e do próprio uso das TRHAs, parece natural que inicialmente hajam inúmeros receios com relação a utilização dessas novas possibilidades biotecnológicas, mas boa parte deles acabam sendo vencidos e desmistificados com o passar do tempo.

O que se aguarda é que em um Brasil não muito distante a realização da sexagem por motivos de caráter não terapêutico se consolide e alcance a mesma aceitação da realizada por razões médicas. Até porque não existem motivos sólidos o suficiente para que isso não venha a acontecer.

Conforme ficou demonstrado a permissão da seleção do sexo via PDG vai de encontro com os anseios da autonomia reprodutiva e para muitos casais servirá como forma de garantir que o filho ou a filha tenham os melhores cuidados possíveis.

Além disso, permitir a sexagem assegurará que lares com 3 ou 4 filhos de um mesmo sexo possam vir a ter um do sexo oposto, concretizando uma tentativa de equilíbrio familiar já experimentada e bem-sucedida nos EUA⁹⁹.

Ademais, não cabe nem ao Estado, nem as instituições nele existentes restringir possibilidades em uma questão de foro tão íntimo quando a procriação. Se escolher o sexo não lesa nenhum preceito constitucional, nenhum princípio bioético e muito menos o direito de algum terceiro ou da sociedade como um todo, o justo, à luz de tudo que foi abordado, é garantir a extensão desse direito reprodutivo e não cerceá-lo da forma como o CFM faz há anos.

⁹⁹ OPINIÃO & NOTÍCIA. Escolha do sexo do bebê: um negócio milionário. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/escolha-do-sexo-do-bebe-um-negocio-milionario/>>. Acesso em: 07 nov. 15.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Lei nº. 9.610, de 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito: Requerimento nº 547, 2011 - SF. Relatório final. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=10695>>.

CHAVES, Antônio. *O criador da obra intelectual*. São Paulo: LTR, 1995.

FILHO, Sidney Soares. *A gestão coletiva dos direitos autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)*.

Estatuto do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Disponível em: <<http://amar.art.br/estatutoecad.pdf>>.

Site do International Standard Musical Work Code. Disponível em: <<http://www.iswc.org/>>.

Sítio eletrônico do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a-arrecadacao/Paginas/default.aspx>>.

SOUZA, Allan Rocha de. *Programa de Capacitação em Gestão de Projetos e Empreendimentos Criativos*. Gestão cultural – Conceitos Básicos – Etapa I. O Campo da Cultura. Ministério da Cultura – MinC. 2013.

ANEXOS

Ver Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida - http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm

Ver também destinação de verba a RA - http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html