

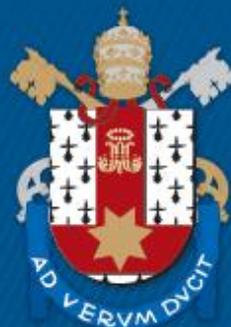
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**A SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL COMO EXPRESSÃO DA
LIBERDADE REPRODUTIVA: POSSIBILIDADES E LIMITES**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**A SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL COMO
EXPRESSÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA: possibilidades e limites**

PORTO ALEGRE
2019

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**A SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL COMO
EXPRESSÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA: possibilidades e limites**

Tese apresentada como requisito final para a obtenção do grau de Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em regime Interinstitucional (DINTER) com o Centro Universitário CESMAC de Alagoas.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

CO-ORIENTADOR: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

PORTO ALEGRE
2019

Ficha Catalográfica

E18s Echaiz Espinoza, Danielle Sales

A seleção genética embrionária pré-implantacional como expressão da liberdade reprodutiva : possibilidades e limites / Danielle Sales Echaiz Espinoza . – 2019.

248 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade.

Co-orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

1. Seleção genética pré-implantacional. 2. Liberdade reprodutiva. 3. Biodireito. I. Andrade, Fábio Siebeneichler de. II. Sarlet, Ingo Wolfgang. III. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

DANIELLE SALES ECHAIZ ESPINOZA

**A SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL COMO
EXPRESSÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA: possibilidades e limites**

Tese apresentada como requisito final para a obtenção do grau de Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em regime Interinstitucional (DINTER) com o Centro Universitário CESMAC de Alagoas.

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira (Centro Universitário UNA/MG)

Profa. Dra. Gabrielle Bezerra Salles Sarlet - UNIRITTER

Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann – UFRGS

Profa. Dra. Denise Pires Fincato (PUC/RS)

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza (PUC/RS)

PORTO ALEGRE
2019

Às minhas pequenas e singulares
surpresas: Pedro Vítor, Fernanda e Heitor.

Se o melhor nunca pode ser definitivamente garantido, então nem o declínio nem a trivialidade são inevitáveis. A natureza de uma sociedade livre é de que sempre será o lócus de uma batalha entre formas mais elevadas e mais baixas de liberdade. Nenhum lado pode abolir o outro, mas o limite pode ser deslocado, nunca de maneira definitiva, mas, pelo menos, para algumas pessoas por algum tempo, de um jeito ou de outro. Através de ações sociais, mudança política e do ganho de corações e mentes, as formas melhores podem ganhar terreno, pelo menos por algum tempo. De certo modo, uma sociedade genuinamente livre toma como sua autodescrição o slogan colocado adiante em um sentido bem diferente por movimentos revolucionários como as Brigada Vermelhas italianas: “*la lotta continua*”, a luta continua – na realidade, para sempre. (TAYLOR, 2010, pp.82-83)

AGRADECIMENTOS

Registrar minha imensa gratidão a todos que, de uma forma ou de outra, colaboraram para a realização deste trabalho é, para mim, uma benção. Significa poder olhar para trás e saber que em momento algum, durante esses longos e árduos anos, estive sozinha nessa caminhada. Significa também reconhecer que sem a contribuição direta e indireta de muitas pessoas e instituições, esse projeto não teria se tornado realidade.

Deixo, assim, os meus sinceros agradecimentos a todos os integrantes do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), professores e funcionários, que se empenham diuturnamente para oferecer um curso de Doutorado acadêmico em um alto nível científico, marcado, sobretudo, pela diversidade intelectual e pela qualificação do seu corpo docente.

Ao Centro Universitário Cesmac, pela iniciativa inovadora de oferecer aos seus professores e à comunidade jurídica de Maceió, a oportunidade de realizar suas pesquisas em nível de doutoramento em um dos melhores programas de pós-graduação em Direito do país, como o da PUC/RS.

À Fundação de Amparo à Pesquisa de Alagoas (FAPEAL), pelo indispensável apoio financeiro concedido durante todo o tempo necessário à realização da pesquisa.

Ao professor Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade, pelo modo diligente e instigante com que conduziu a orientação do trabalho.

Ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, por sua inestimável contribuição como co-orientador da pesquisa.

Ao Prof. Dr. Fernando Sérgio Tenório Amorim, Supervisor dos Cursos de Direito do Centro Universitário Cesmac, pela idealização e concretização do projeto Dinter junto à PUC/RS e por todo apoio oferecido.

À Professora Dra. Denise Fincato, cujo exemplo de fortaleza e de humildade ficará para sempre gravado em meu espírito. Obrigada pelas valiosas sugestões e críticas feitas ao anteprojeto dessa pesquisa. Obrigada pelas lições de vida e pelos sábios conselhos que me acompanham até hoje.

Ao estimado Professor Dr. Paulo Caliendo, por me ensinar preciosas lições sobre a docência sem o auxílio das palavras.

À secretária da Pós-graduação em Direito da PUC/RS, Caren Klinger, pela gentileza com que sempre atendeu às minhas solicitações e por sua simpatia particularmente familiar e acolhedora com que me recebia no campus em Porto Alegre.

Aos colegas de turma, pela constante troca de experiências e idéias, pelo companheirismo e, principalmente, pela alegria compartilhada que tornou nossas exaustivas maratonas de aulas em divertidos e inesquecíveis encontros entre amigos.

Aos meus queridos pais, Selma e Onofre, que apesar da distância não deixaram de me encorajar, não tenho palavras para agradecer todo o esforço despendido para nos oferecer as melhores oportunidades. De forma especial, à minha mãe, pela coragem e perseverança com que tem enfrentado as lutas da vida nos últimos meses.

À minha irmã, Márcia Maria de Farias Pinto, quem sempre me apoiou e me incentivou nos momentos mais difíceis, devo-lhe minha gratidão e meu amor. Sem você, mana, a caminhada da vida seria dura demais.

Ao meu esposo, Fernando, por todo o amor, companheirismo e suporte, reafirmo toda a minha admiração, sempre. Ao meu pequeno príncipe, Pedro Vítor, que se tornou um homem de quem me orgulho, por toda a sua torcida e pelo seu apoio logístico necessário oferecido à família. À Fernanda e Heitor, por suas orações incessantes, feitas todos os dias em prol do término deste trabalho e pelos seus infinitos beijos e abraços que contribuam

para diminuir a angústia em meus momentos de ausência. Obrigada pela longa espera, meus pequenos.

Finalmente, de forma destacada e incomparável, registro minha eterna gratidão a Deus, Pai de Nosso Senhor Jesus Cristo, a quem eu devo simplesmente tudo. Obrigada, Paizinho querido, pelo amor incondicional, pela amizade de todas as horas, pelo sustento e consolo constantes. Tu bem sabes que sem Ti, eu não teria chegado até aqui.

RESUMO

O presente trabalho estuda as relações entre o direito de liberdade reprodutiva no Brasil e as práticas de seleção genética de embriões humanos antes de sua implantação no útero materno. O objetivo central é verificar se o acesso às práticas seletivas embrionárias pode ser visto como posição jurídica a ser garantida pelo direito de liberdade reprodutiva. Primeiramente, discute o contexto dinâmico e complexo no qual se situam as tecnologias de seleção genética embrionária, destacando suas diversas aplicações e o reducionismo a que podem chegar algumas propostas teóricas sobre sua (in) admissibilidade moral e jurídica. Com o objetivo de aproximar o tema da seleção genética embrionária à liberdade reprodutiva é feito um estudo sobre a trajetória jurídica dessa categoria e sobre os seus fundamentos na ordem constitucional brasileira. Em seguida, são estabelecidos os critérios conformadores da interpretação da liberdade reprodutiva que delimitam a previsão normativa desse direito e restringem seu conteúdo, agregando à perspectiva subjetiva desse direito, as dimensões relacional e comunitária da liberdade reprodutiva. As dimensões subjetiva, relacional e comunitária, parâmetros de interpretação e aplicação do direito de liberdade reprodutiva, são desenvolvidas e relacionadas com as diversas práticas seletivas com o objetivo de amparar a tese de que a seleção genética pré-implantacional, condicionada a determinadas finalidades, inclui-se no âmbito protegido do direito de liberdade reprodutiva. Trata-se de uma pesquisa teórica, essencialmente bibliográfica, desenvolvida a partir da teoria do pensamento complexo de Edgar Morin e sua proposta de paradigma de complexidade para compreender a realidade que nos cerca.

Palavras-chave: Seleção genética embrionária Pré-implantacional. Liberdade reprodutiva. Biodireito.

ABSTRACT

This work examines the relationship between the reproductive liberty in Brazil and the practices of genetic selection of human embryos before implantation in the womb. The central objective is to verify if the access to the embryonic selective practices can be seen as a legal position to be guaranteed by the right to reproductive liberty. Firstly, it discusses the dynamic and complex context in which are the technologies of embryonic genetic selection, highlighting its various applications and the reductionism that some theoretical proposals on its moral and legal acceptance can reach. Whith the aim to relating the embryonic genetic selection issue to reproductive liberty, it studies the legal trajectory of this liberty's category and its foundations in the Brazilian constitutional order. Subsequently, it stablishes some interpretation criteria of reproductive liberty that delimit the normative framework of this right and restrict its content, adding to the subjective perspective of this right, the relational and community dimensions. The subjective, relational and community dimensions of the right to reproductive liberty are developed and related to the various selective practices with the aim to supporting the argument that the preimplantation genetic selection, subject to certain purposes, is included in the protection of the right to reproductive liberty. This is a theoretical and bibliographical research, developed from the Edgar Morin's theory of complex thinking and his paradigm of complexity proposal to understand the reality that surrounds us.

Keywords: Preimplantation embryonic genetic selection. Reproductive Liberty. Biolaw.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE – OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE REPRODUTIVA E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DA SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA	16
1 TECNOLOGIA DE SELEÇÃO GENÉTICA NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ENTRE A AMPLIAÇÃO E A REDUÇÃO DOS HORIZONTES DE ESCOLHAS ACERCA DA PROCRIAÇÃO HUMANA	17
1.1 Biotecnologia, Ciência e Direito: uma relação complexa entre esperanças, riscos e medos	19
1.2 Seleção genética de embriões humanos pré-implantados: diagnóstico genético e análise genética pré-implantacionais. Finalidades “terapêuticas” e “não terapêuticas” ...	27
1.3 Da proibição da seleção genética embrionária ao dever de selecionar as características que garantam “a melhor vida possível”	39
2 LIBERDADE REPRODUTIVA E SUA FUNDAMENTALIDADE: AMBIGUIDADES, CONTROVÉRSIAS E ANTAGONISMOS DE UMA CATEGORIA JURÍDICA EM CONSTRUÇÃO	74
2.1 A reprodução como questão de escolha: liberdade reprodutiva como uma categoria controversa, subversiva e ambígua.....	77
2.2 Liberdade reprodutiva e seus correlatos: autonomia reprodutiva, direitos reprodutivos, direito à procriação e direito ao filho. A questão dos fundamentos da liberdade reprodutiva	100
2.3 Liberdade reprodutiva no direito brasileiro e a sua problemática extensão à seleção genética embrionária	116
SEGUNDA PARTE – PARÂMETROS JURÍDICOS CONFORMADORES DA LIBERDADE REPRODUTIVA	129
1 O ALCANCE DA LIBERDADE DE PROCRIAR EM FACE DOS DEVERES JURÍDICOS RELACIONADOS COM A REPRODUÇÃO	130
1.1 Liberdade reprodutiva e seleção genética embrionária sob a perspectiva liberal: uma crítica à visão proprietária das futuras crianças	133
1.2 Delimitação do âmbito normativo da liberdade reprodutiva: entre os deveres de proteção de promoção da dignidade da pessoa humana e o dever da paternidade responsável.....	140
1.3 Restrições à liberdade reprodutiva: possíveis conflitos com o direito à vida, o direito ao patrimônio genético, o direito à identidade pessoal da futura criança e o direito à igualdade	170
1.3.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seu potencial efeito legitimador para configurar restrições ao exercício da liberdade reprodutiva.....	172

1.3.2 Incidência dos deveres de proteção e seus impactos nas práticas seletivas embrionárias pré-implantacional	175
2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA E SELEÇÃO EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL: UMA PROPOSTA A PARTIR DO CONTEXTO RELACIONAL E COMUNITÁRIO DA LIBERDADE REPRODUTIVA.....	192
2.1 Seleção embrionária pré-implantacional por motivos perfeccionistas, sociais ou preferenciais: proposta de exclusão do âmbito protegido pela liberdade reprodutiva	194
2.2 Seleção embrionária pré-implantacional com o objetivo de gerar a descendência ou de evitar a transmissão de doenças genéticas graves e incuráveis: posições juridicamente protegidas (<i>prima facie</i>) pelo direito de liberdade reprodutiva e complexidades	203
2.3 Modelos de regulação jurídica da seleção embrionária pré-implantacional no Direito Comparado e o modelo deontológico existente no Brasil (Resolução nº 2168/2017 do CFM)	213
CONCLUSÃO.....	232
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	238

INTRODUÇÃO

A seleção de embriões humanos pré-implantados suscita profundas questões morais, políticas e jurídicas. Com a criação dos testes de escaneamento e diagnóstico genéticos na década de noventa, a seleção de embriões ainda *in vitro* fora viabilizada com o intuito de aumentar as chances de êxito da gestação nos processos de reprodução assistida e também de oferecer a pessoas com sérios riscos de transmissão de doenças genéticas graves a possibilidade de ter filhos saudáveis. Ao lado dessas aplicações, o desenvolvimento dos testes genéticos também permitiu o acesso a informações sobre outras características genéticas, despertando o interesse na utilização da tecnologia seletiva para finalidades diversas, tal como a seleção de sexo.

A rapidez com que a ciência e a biotecnologia avançam na identificação, catalogação e sistematização do conhecimento relativo ao papel dos genes na manifestação de determinados fenótipos, proporcionando o “deslize natural” das aplicações dos testes genéticos para outras finalidades a serem exploradas como inovações biotecnológicas pelo “mercado genético”, impactou profundamente as percepções sociais e políticas acerca dos testes genéticos em embriões humanos, os quais passaram a ser vistos sob a perspectiva dos riscos tecnológicos.

Assim, além dos tradicionais questionamentos quanto ao estatuto moral e jurídico do embrião humano levantados contra a aceitabilidade das práticas seletivas em geral, preocupações com efeitos discriminatórios, com os impactos sobre questões de desigualdade social e mesmo os receios do (res) surgimento de um movimento eugênico anunciado nos temores dos críticos da tecnologia dos “*designers babies*”, levaram diversos países, inclusive no plano internacional e comunitário, a discutir e, em alguns casos, a regulamentar de forma restritiva as práticas seletivas de embriões humanos.

No Brasil, diante da ausência do debate legislativo e social apropriados no país, o tema da seleção embrionária pré-implantacional ainda não recebeu o devido enfrentamento jurídico. No plano teórico, a ênfase na proteção do direito à vida na fase embrionária e *in vitro* ou a tendência em reforçar os deveres jurídicos no campo das decisões reprodutivas implicam muitas vezes em respostas redutoras ao problema da licitude/ilicitude das práticas seletivas.

A proposta da tese contempla uma abordagem das práticas de seleção genética como expressão da liberdade reprodutiva. A pesquisa se dedica a investigar as relações entre o direito de liberdade reprodutiva no Brasil e as práticas de seleção de embriões humanos antes de sua implantação no útero materno. O trabalho se desenvolve em torno de uma problemática

central: 1) existe no ordenamento jurídico brasileiro uma liberdade reprodutiva que assegure o acesso aos meios de seleção genética de embriões humanos antes de sua implantação no útero materno? Questionamentos adjacentes, cujas respostas se mostraram em momento posterior essenciais para o fortalecimento da presente tese, foram surgindo ao longo da pesquisa e acabaram por ocupar as temáticas desenvolvidas em cada capítulo: 2) se existe liberdade reprodutiva no Brasil, como caracterizá-la; como direito assegurado pelo legislador infraconstitucional, pelo legislador constitucional, ou ela seria apenas o resultado da mera ausência de normas? 3) Quais seriam seus parâmetros conformadores? 4) Qual o impacto desses parâmetros conformadores no alcance da liberdade reprodutiva associada às práticas de seleção genética embrionária?

A hipótese de partida é a de que existiria no ordenamento jurídico brasileiro um direito de liberdade reprodutiva, de caráter fundamental, cujos parâmetros delimitadores permitiriam incluir a proteção do acesso a determinadas práticas seletivas, mas que, por outro lado, também exigiriam a exclusão de outras modalidades seletivas.

A abordagem em relação ao fenômeno tecnológico da seleção genética embrionária e suas repercussões no mundo jurídico têm como fio condutor a teoria do pensamento complexo de Edgar Morin e sua proposta do paradigma de complexidade para compreender a realidade que nos cerca.

A necessidade de se adotar o pensamento complexo na ciência notadamente naquelas cujo objeto é o próprio tecido social, justifica-se pela constatação de que os sistemas sociais são abertos, estão em constante e inevitável troca de informações com o meio que os cerca, fazendo com que a compreensão de seus mecanismos e funcionamento possa ser encontrada não apenas no próprio sistema, mas na sua relação com o meio ambiente. Isso torna não apenas o sistema complexo, dependente de várias interconexões com outros sistemas, mas também torna a explicação do sistema cada vez mais complexa. O pensamento complexo incorpora, assim, como imperativos analíticos o estudo dos diferentes contextos em que se situa o fenômeno e uma aproximação mais global do objeto, considerando suas faces multidimensionais e dialógicas – apresentação dos fenômenos através de princípios que se opõem, mas ao mesmo tempo se complementam.

Tal compreensão alimenta o ponto de partida da pesquisa. A tecnologia seletiva não pode ser analisada sob perspectivas redutoras que desconsideram o contexto em que ela está inserida: em uma sociedade de risco, embalada ainda pelos ideais modernos de domínio da natureza e alívio do sofrimento humano através da ciência e movida predominantemente pela lógica da razão instrumental/mercadológica. Da mesma forma, o direito enquanto sistema

regulatório não pode ser compreendido de forma isolada dos outros sistemas.

Os impactos da biotecnologia sobre os bens jurídicos já protegidos, a necessidade de proteger bens novos e o próprio papel que o sistema jurídico deverá desempenhar na promoção e contenção dos processos tecnológicos só poderão ser compreendidos por meio de um pensamento complexo.

A dialógica e o pensamento complexo forneceram os elementos epistemológicos para a compreensão do objeto de pesquisa (as repercussões da seleção genética embrionária no campo jurídico), guiaram o desenvolvimento da parte mais descritiva do trabalho (conduzindo a identificação de reduções inadequadas e a exploração da multiplicidade de aplicações dos testes genéticos), e auxiliaram na formulação dos parâmetros conformadores da liberdade reprodutiva (a interação dialógica entre vontade individual, o respeito e a responsabilidade para com o outro que virá e os padrões exigidos pela comunidade). O método também está presente na análise normativa sobre a regulamentação e regulação da seleção genética no país (busca pela estratégia eficaz que trabalhe com a incerteza, com a possibilidade de reversão dos efeitos pretendidos, com a análise dos resultados e com a mudança de rota).

A perspectiva adotada é, portanto, multidisciplinar, lócus mesmo do Biodireito. Existe, assim, uma necessária aproximação dos conhecimentos técnicos básicos que envolvem os problemas analisados, combinada com a análise de certas perspectivas filosóficas de enfrentamento da questão e com uma percepção integrada das disciplinas jurídicas que cercam o fenômeno das práticas seletivas (como do direito constitucional, a teoria dos direitos fundamentais, em perspectiva com institutos do direito civil como autonomia privada e poder familiar). Também não se dispensam as fontes internacionais do direito interno como tratados e conferências internacionais sobre direitos humanos e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como também algumas soluções encontradas no direito comparado para resolver os pontos problematizados na pesquisa.

Para facilitar o enfrentamento do tema que por sua complexidade envolve a explicação de termos técnicos e a discussão de conceitos adjacentes como o de liberdade reprodutiva, o trabalho está dividido em duas partes: a primeira se destina a elucidar os impactos das práticas seletivas e a traçar os primeiros fundamentos do direito de liberdade reprodutiva. A segunda estabelece os parâmetros conformadores de tal direito e suas consequentes associações com as práticas seletivas.

Um dos desafios a ser enfrentado na primeira parte do trabalho é o de pôr em evidência o fato de que os testes genéticos e as práticas seletivas por eles operacionalizadas

situam-se em um contexto tecnológico complexo onde os resultados operam não com uma lógica binária, de benefícios *versus* prejuízos, mas por meio de uma realidade dinâmica e contraditória na qual benefícios, esperanças, prejuízos, riscos e medos atuam, exigindo tanto mecanismos éticos, como decisões políticas e jurídicas que intermediem os resultados de forma a manter as aplicações tecnológicas dentro dos limites socialmente aceitáveis.

O primeiro capítulo discute os efeitos sociais – antagônicos e complementares – produzidos pela Ciência e pela Biotecnologia e o papel regulatório do Direito nesse contexto, assentando as bases metodológicas seguidas no trabalho para a compreensão e a abordagem do fenômeno da seleção genética embrionária.

Explora, através da análise do desenvolvimento dos recursos tecnológicos disponíveis, a rica dinâmica entre benefícios/riscos, medos/esperanças que se expressa na variedade de aplicações atuais das técnicas seletivas, assim como nas suas projeções futuras. Na tentativa de evidenciar os reducionismos no enfrentamento da matéria, propõe-se ainda no mesmo capítulo uma discussão sobre algumas propostas teóricas que, pressupondo as práticas de seleção genética pré-implantacional apenas como benefícios ou simplesmente como prejuízos e riscos, acabam resultando em alternativas inadequadas, na forma de “tudo” ou “nada” sobre a liberdade dos futuros pais para as realizarem.

No segundo capítulo, estuda-se a trajetória da liberdade reprodutiva enquanto categoria jurídica, enfrentando-se os inúmeros questionamentos sobre a possibilidade de enquadrar as questões reprodutivas em questão de escolha, assim como a intensa problemática relativa à diversidade terminológica associada ao tema na doutrina nacional e estrangeira. Avançando na identificação de um direito de liberdade reprodutiva no Brasil, pretende-se ainda nesse capítulo estabelecer sua configuração normativa e jurisprudencial no país.

Identificar as relações de proximidade e de afastamento das práticas seletivas com o direito de liberdade reprodutiva é a questão central da segunda parte do trabalho. O primeiro capítulo inicia com a análise do contexto normativo constitucional do direito à liberdade reprodutiva e visa estabelecer critérios para a interpretação do seu conteúdo. Aborda a questão dos deveres reprodutivos traduzidos em dois princípios constitucionais bastante indeterminados: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável. Sem a intenção de extrair verdades absolutas a partir do texto constitucional para fundamento peremptório do tratamento jurídico a ser dado à seleção genética embrionária, interpretações intensamente criticadas desses princípios por um lado e, evidentemente contraditórias, por outro, são enfrentadas.

No mesmo capítulo, uma exploração das exigências normativas consagradas em diversas outras normas em nível constitucional objetiva demonstrar que em razão da preservação de outros bens jurídicos, as práticas seletivas, se incluídas no conteúdo da liberdade reprodutiva, estarão sujeitas a restrições em seu exercício.

Assentadas as bases para a compreensão do direito de liberdade reprodutiva no país – seus aspectos subjetivo, relacional e comunitário –, o capítulo segundo da parte final da pesquisa se desenvolve no intuito de apontar quais práticas seletivas deveriam ser excluídas da proteção normativa do direito de liberdade reprodutiva e quais deveriam ser incluídas a título de proteção *prima facie*.

O processo metodológico de exclusão e inclusão, seguindo os parâmetros fixados de interpretação da liberdade reprodutiva resulta na proposta elementar da tese que é a defesa de determinadas práticas seletivas como posição jurídica fundamental a ser protegida pelo alcance da liberdade reprodutiva. No mesmo capítulo, propõe-se ainda uma discussão final sobre os modelos de regulamentação jurídica e de regulação administrativa criados em alguns países para manter as práticas seletivas ao nível das exigências sociais e normativas, contratando-os com o modelo atualmente adotado no Brasil.

A pesquisa, do tipo teórico e essencialmente bibliográfica busca oferecer um caminho para resolver os problemas jurídicos suscitados pela seleção genética embrionária pré-implantacional no país.

PRIMEIRA PARTE – OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE REPRODUTIVA E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DA SELEÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA

El siglo XIX fue el siglo de la libertad económica, el siglo XX el de la libertad política. La libertad final, la que consiste precisamente en las determinaciones sobre la vida, es la que caracteriza el siglo que estamos viviendo. (RODOTÀ, 2010, p. 91)

1 TECNOLOGIA DE SELEÇÃO GENÉTICA NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ENTRE A AMPLIAÇÃO E A REDUÇÃO DOS HORIZONTES DE ESCOLHAS ACERCA DA PROcriação HUMANA

La vida se despliega en múltiples formas y contradicciones y el derecho responde a ellas de forma igualmente múltiple y contradictoria, con una oferta creciente de límites y oportunidades. La vida pone así en discusión una idea monolítica del derecho. (RODOTÀ, 2010, p.75)

O avanço da tecnologia no campo da reprodução humana viabilizou o controle sobre processos antes considerados exclusivamente naturais, inevitáveis e até mesmo missionários acerca do destino da família, do casamento e do próprio papel da mulher na sociedade. A reprodução estava no centro dessas instituições e funcionava como critério delimitador dos papéis sociais do homem e da mulher no seio delas e fora delas (BOZON, 2004).

Controle de natalidade por meio de contraceptivos ou métodos de esterilização, técnicas de abortamento seguro e de reprodução assistida integram um conjunto de ferramentas que favoreceram uma mudança no imaginário social acerca da reprodução humana: sua passagem de destino natural inexorável para atividade a ser controlada (até certo ponto)¹, evitada ou determinada pela vontade humana.

A “revolução reprodutiva”, expressão utilizada por Robertson (1994) para se referir às mudanças tecnológicas na seara da reprodução humana, tem tornado cada vez mais as questões reprodutivas em questões de escolha. Tal revolução teve início ainda na década de sessenta, com a criação dos contraceptivos, tendo contribuído para ideia da separação entre sexo e reprodução e para sustentar a longa batalha em torno dos direitos sexuais que se travou nas décadas seguintes (ROBERTSON, 1994).

A principal tese de Robertson é que o controle tecnológico sobre a reprodução impulsionou o desenvolvimento do princípio da liberdade procriativa como critério

¹ Essa ressalva pretende destacar que nem todo o processo reprodutivo é aceito socialmente como produto da vontade humana. Primeiramente, essa afirmação não se aplicaria nem em termos para uma corrente mais conservadora afiliada a correntes religiosas como a bioética personalista (SGRECCIA, 1996), para quem a reprodução é sempre uma dádiva divina na qual não convém intervenção humana, apenas conformação acerca da vontade divina. Em segundo lugar, sobre alguns desses processos como o abortamento ainda pairam profundas divergências morais sobre a disposição feminina da vida do feto, assim como acerca da própria seleção genética embrionária que enseja dilemas complexos, como o “brincar de Deus”, os quais não permitem que falemos em um imaginário social comum sobre essas matérias. Não obstante, a afirmação no texto pode ser sustentada como constatação de que o processo de reprodução humana - especialmente no que diz respeito ao controle de natalidade, esterilização e reprodução assistida - não é visto mais como atividade exclusivamente divina, mas atividade passível de controle e submetida à vontade dos atores envolvidos. Isso se evidencia, inclusive, nas políticas públicas oficiais de controle de natalidade e pelo próprio ordenamento jurídico pátrio que insere o direito ao planejamento familiar em sede constitucional (art.226, §7º da CF).

legitimador de decisões morais e jurídicas na seara das questões reprodutivas e que tal princípio, por sua vez, deve balizar o uso das novas tecnologias em sede de reprodução assistida, inclusive a utilização da seleção genética embrionária, instrumento posto à disposição dos indivíduos “para se auferir a qualidade da descendência” (ROBERTSON, 1994, p.10). Nesse sentido, para Robertson, a tecnologia aumentou o espectro das possíveis decisões humanas e contribui para aumentar a liberdade das pessoas no tocante às matérias reprodutivas.

Com olhar bem crítico em relação à intitulada “revolução reprodutiva”, Jacques Testart (1999), em seu livro “Homens Prováveis”, alertava-nos sobre a chegada silenciosa de um tempo em que a procriação humana deixaria de ser aleatória – sujeita às incertezas naturais da loteria genética – para se transformar em procriação dirigida, guiada, não tanto pela vontade dos futuros pais, mas por atestados de especialistas (médicos, geneticistas, biólogos) quanto aos riscos e probabilidades do futuro filho de portar ou desenvolver doenças, assim como por expectativas sociais de normalidade geridas no seio da caldeira cultural.

Advertia Testart que, em breve, embalada por uma nova estratégia de mercado, a preocupação elementar da assistência médica à reprodução (a de gerar um filho biológico) seria substituída pela busca do filho perfeito ou, em suas palavras, pelo “fantasma da criança ideal” (TESTART, 1999, p.149). Para o autor, ao contrário da tese Robertson, a tecnologia que proporciona a seleção genética embrionária, por sua ligação com os interesses econômicos e, principalmente, pelo risco de estar associada a critérios sociais de normalização genética, estética e comportamental, reduz a liberdade inerente aos nascimentos naturais e aleatórios, introduzindo uma “procriação normativa” não necessariamente escolhida por decisão livre dos pais.

As duas teses contrapostas servem de ilustração para os tópicos que serão abordados nesse capítulo inicial. A tecnologia de seleção genética de embriões humanos realmente promove mais liberdade² aos futuros pais como postulava Robertson ou, ao contrário, tende a reduzi-la consideravelmente como advertiu Testart?

² O sentido da palavra adotado aqui e em conformidade com as considerações dos autores no texto confunde-se com a noção de liberdade positiva, definida classicamente por Berlin (1971) como o poder de ser determinado por si mesmo, por sua própria vontade racional e não por forças ou agentes externos. Como ressalta Taylor (2010), o ideal de liberdade determinante fora o grande impulsionador da ciência e da tecnologia na modernidade: somos livres quando “podemos dominar as coisas que nos dominam”. A relação entre esse desejo humano de “ser o seu próprio mestre” (Berlin, 1971, p.131) e os resultados alcançados pela tecnologia no campo da reprodução não é, entretanto, como pretendemos demonstrar mais adiante no texto, linear, nem harmônica, mas complexa e contraditória, criando campos de domínio tecnológico pelos quais podemos “subverter as leis da natureza” para escolher sobre a reprodução em si, o seu tempo e sua forma, mas ao mesmo tempo gerando expectativas sociais e mecanismos de controle de condutas que condicionam os comportamentos nessa área. A interação entre os termos liberdade positiva e negativa, seus reflexos no campo do Direito e sua influência no

O primeiro tópico se dedica a analisar uma hipótese implícita na tese de Robertson: a de que a tecnologia fornece às pessoas mecanismos de controle sobre a natureza e sobre elas mesmas, aumentando de forma crescente sua liberdade, o que se fará abordando, ainda que de forma breve, a relação complexa e contraditória entre a biotecnologia, ciência e direito.

Para verificar se e em que medida a tese do fantasma da criança ideal de Testart ilumina a prática da seleção genética embrionária atualmente, será necessário um estudo sobre o estágio do desenvolvimento científico e tecnológico em torno dessa técnica e suas finalidades.

Avançando nessas questões iniciais, parte-se para a análise de algumas propostas acerca da admissibilidade ou não da seleção genética embrionária, submetendo-as à crítica para se comprovar que, à semelhança das teses de Robertson e de Testart, o fenômeno da seleção genética embrionária é abordado de forma reducionista, de modo que as soluções propostas para o enquadramento (jurídico ou moral) dessa técnica são do tipo “deve ser permitida” ou “deve ser proibida”, sem levar em conta as finalidades de suas diversas aplicações.

Como adverte Rodotà (2010), a complexidade da vida humana (complexidade que se estende à utilização da tecnologia da seleção genética) põe em cheque a fixação de um marco estático acerca do papel do direito: ausência completa de normas (liberdade sem regulação) ou proibição pura e simples (completa ausência de liberdade sobre as questões vitais).

1.1 Biotecnologia, Ciência e Direito: uma relação complexa entre esperanças, riscos e medos

A tecnologia reinventa sociedades, modos de produção, valores e interesses humanos. Cria novos bens, para os quais é exigida certa proteção, mas, ao mesmo tempo, pode impactar negativamente outros cuja proteção já estava consolidada³. Ao estilo de Beck (2002), podemos afirmar que o desenvolvimento tecnológico no último século movido em busca da redução de riscos (como, por exemplo, de perda da produção, de lucro, de doença, da fome,

desenvolvimento do conteúdo das liberdades juridicamente protegidas e dos direitos fundamentais serão examinadas no capítulo 2.

³ Não se compartilha de uma concepção exclusivamente determinista do desenvolvimento tecnológico, no sentido de que as práticas sociais, estilos de vida e uma cultura são unicamente determinados pela tecnologia acessível de seu tempo, não havendo nada mais que a sociedade possa fazer a não ser conformar-se aos resultados dos avanços (ou mesmo retrocessos) tecnológicos. Como bem elucidam MOLINARO e SARLET (2015, p. 92), a compreensão dos impactos produzidos pela tecnologia na sociedade deve ser vista sob uma perspectiva dúplice que permita avaliar ao mesmo tempo a “influência definitiva da tecnologia no comportamento social e os resultados sociais do uso dessa mesma tecnologia” (portanto, seu aspecto determinista), assim como significado sócio-político que é conferido às diversas aplicações tecnológicas, as quais, inclusive, podem limitar ou redirecionar a sua presença na sociedade (ênfatizando-se, assim, o aspecto da construção social da tecnologia). Nesse sentido, a função da política e do direito, além de promotora e facilitadora do avanço tecnológico incorpora também, em razão dos fins sociais que estabelecem, um elemento de “resistência”. (RODOTÀ, 2010, p.53)

etc.) aumentou consideravelmente a produção de outros riscos e em escala mundial (possíveis impactos desastrosos ao meio ambiente, à saúde e à vida animal e humana). A sociedade da técnica produziu, dessa forma, a sociedade do risco (BECK, 2002; LOUREIRO, 2015).

Assim, ao mesmo tempo em que inventamos celulares, produzimos baterias de lítio. Ao mesmo tempo em que criamos uma rede mundial de comunicação através da internet, acumulamos dados pessoais de todos os tipos em servidores, nuvens e sites hospedeiros. Ao mesmo tempo em que lutamos pela prolongação da vida, temos de lidar com a vida vegetativa por meios de aparelhos. Ao mesmo tempo em que ansiamos pela cura de todos os males do corpo, teremos que enfrentar a perda da integridade desse corpo ou mesmo sua parcial ou radical substituição (transhumanos/cyborgs).

No contexto de sociedade da técnica e sociedade de risco, situa-se a seleção genética embrionária, resultado da denominada biotecnologia. Para esclarecer as mudanças promovidas pelas ciências da vida e o grau dos seus impactos sobre a natureza e sobre a própria vida humana, Rifkin (1999) traça um paralelo entre a chamada “era industrial” e a “era biotecnológica”.

Na primeira, a produção singular de novos bens e a transformação do espaço físico e natural se tornou possível graças ao domínio da técnica sobre matérias como o carvão, petróleo e gás natural. Já na segunda, o domínio recai sobre os próprios processos que originam a vida dos seres na terra. As descobertas no campo da genética que permitiram identificar, recombinar e alterar o material genético dos seres vivos forneceram uma nova espécie de matéria prima: os recursos biológicos do planeta, inclusive os próprios seres humanos (RIFKIN, 1999).

Embora atualmente seja impensável a vida cotidiana sem os frutos da biotecnologia⁴, são também inegáveis os inúmeros riscos, perigos e danos que essa atividade pode causar à biosfera e ao próprio homem.

O fascínio e o espanto causados pelos avanços, promessas e desafios propostos pela biotecnologia nas últimas décadas, provocaram no imaginário social duas percepções completamente opostas. De um lado, situam-se os “tecnofílicos” e de outro os “tecnofóbicos” (SCHRAMM, 2010).

Segundo Schramm (2010, p.194), os “tecnofílicos” são movidos pela ideal evolucionista

⁴ Relacione-se, por exemplo, diversos produtos e serviços desenvolvidos pela biotecnologia que hoje estão incorporados ao nosso modo de vida e de produção, como o biocombustível, diversos tipos de alimentos (queijo, vinho, pães, cervejas), alimentos transgênicos, animais geneticamente modificados e selecionados para a pecuária, sementes transgênicas resistentes às pragas, medicamentos, vacinas, tratamentos, testes diagnósticos etc.

da ciência e pela convicção de que todo avanço científico não apenas é necessariamente bom para a evolução do homem, mas também inevitável. Dessa forma, toda biotecnologia seria bem-vinda. A ciência tem todo o direito de fazer tudo o que é possível, inclusive de interferir em processos de vida que venham a alterar as características humanas, aprimorando aquelas valorosas e eliminando as prejudiciais. Tal postura não enfrenta a questão dos efeitos negativos que podem resultar da má utilização de todo o aparato biotecnológico e impede o debate sobre os possíveis riscos envolvidos.

Por outro lado, os “tecnofóbicos” encarnam uma visão naturalista que enxerga nas interferências científicas em processos biológicos produtivos graves ameaças para a sobrevivência da espécie humana. Assim, a biotecnologia produz um risco social muito alto, com potencial para transformar o mundo e os seres humanos de forma irreversível.

Entre os dois extremos, um terceiro ponto de vista que busca enfrentar a questão sob uma perspectiva mais realística e crítica: o progresso biotecnológico encerra em si uma tensão dialética entre benefícios e riscos. De um lado, a promoção à saúde e bem estar humanos; de outro, potencial gerador de riscos, perigos e danos por estar diretamente relacionado com a interferência em processos biológicos humanos ou ambientais (SCHRAMM, 2010).

Parte dessa tensão dialética produzida pelo dinamismo da ciência é explicada por Taylor (2010) como sendo resultado de uma tensão constitutiva e inerente à cultura da modernidade ocidental.

A ciência e a tecnologia, impulsionadas pelo ideal de liberdade autodeterminante - “Somos livres quando podemos refazer as condições de nossa própria existência. Quando podemos dominar as coisas que nos dominam” (TAYLOR, 2010, p.102) - desenvolveram-se pautadas pela lógica da razão instrumental, uma racionalidade baseada apenas no cálculo de eficiência/na relação de custo e benefício e que pressupõe um modelo de sujeito absolutamente livre, desapegado de seus vínculos tradicionais, de suas emoções, de seu corpo, de sua condição de ser relacional e social.

Essa visão de sujeito e a lógica da razão instrumental ao mesmo tempo em que contribuiu para eliminar ou atenuar o discurso acerca dos limites dos avanços científicos e tecnológicos, permitiu que o grande projeto de dominar a natureza se ampliasse para alcançar o domínio sobre o próprio homem (TAYLOR, 2010).

Nesse sentido, parcela dos danos, perigos e riscos provocados pelo desenvolvimento tecnológico se deve à sua lógica intrínseca de domínio ilimitado da natureza, de instrumentalização do meio ambiente e das pessoas e, conseqüentemente, a possível limitação da liberdade dos indivíduos. Dessa forma, incorpora-se uma tensão insuperável: de um lado,

ciência e tecnologia se movem pelo ideal de liberdade e pela ética da benevolência (busca pelo aumento de qualidade de vida e da redução e alívio do sofrimento humano); de outro, impõe uma transformação da natureza sem limites e uma subjugação do homem pelo homem, que ameaça a liberdade das pessoas e o meio ambiente ao nosso redor.

E, no caso específico da biotecnologia, como elucidada Pessini (2006, pp. 127-128), há uma espécie mais evidente de “empoderamento” humano já que ela confere aos seres humanos “poder para controlar suas vidas de maneira mais efetiva, diminuindo a sujeição à doença e minimizando a influência aleatória da biologia.”⁵

Outro aspecto a ser levado em consideração acerca do impacto da biotecnologia na sociedade e, conseqüentemente, da seleção genética embrionária, é a proximidade quase sem fronteiras distintivas entre a biotecnologia e a própria ciência. A biotecnologia é mais do que uma tecnologia (conjunto de processos e produtos com o objetivo de produzir utilidades) desenvolvida a partir de agentes vivos (células, tecidos, órgãos ou moléculas de seres vivos). Para manipular esses agentes e alcançar a produção de bens desejados, é necessário o domínio de diversas áreas do conhecimento, como a biologia, física, química, genética, engenharia, medicina, tecnologia da informação etc (MALAJOVICH, 2016).

É, na verdade, um saber-fazer, uma simbiose entre ciência e tecnologia. Como alerta Schramm (2010), estamos diante de um novo paradigma científico: o da biotecnociência⁶. Nesse paradigma, a lógica da ciência (a busca pelo saber, pela verdade) se confunde com a lógica da tecnologia (busca das utilidades, da felicidade).

Hottois (1990) já havia desenvolvido o conceito de “tecnociência contemporânea”, pelo qual há uma interpenetração necessária entre ciência e técnica – com a diminuição cada vez mais evidente de espaços isolados para a atividade investigativa pura ou para a atividade investigativa aplicada (especialmente no campo da biologia) e a conseqüente ampliação da dinâmica integrativa entre técnica/ciência e ciência/técnica⁷.

⁵ No mesmo sentido Rifkin (1999, p. XVI): “Biotecnologias são “ferramentas de sonho” que nos dão o poder de criar uma nova visão de nós mesmos, dos nossos semelhantes e do mundo vivo e a capacidade de atuar sobre isso.”

⁶ Nas palavras de Schramm (2010, p. 191): “Biotecnociência’ é um neologismo formado pelos termos *bio* e *techne* (de origem grega) e pelo termo *cientia* (de origem latina e que traduz o grego *episteme*). O neologismo indica, em particular, a interação entre sistemas complexos – como são os seres e ambientes vivos – graças ao sistema técnico e de informação que permite agir sobre tais sistemas e aos dispositivos que visam a orientar tais intervenções sobre o mundo da vida (*Lebenswelt*). O paradigma biotecnocientífico refere-se, em particular, às atividades da medicina e da biologia amplamente entendidas, dos sistemas de informação e comunicação, da biopolítica, e a suas interações.”

⁷ Em parte essa relação entre ciência moderna e técnica sempre existiu, como ressalta Collazos (2009, p.17): “*Detrás del ruido de los logros técnicos hay estudio en silencio. La penicilina estuvo precedida de años de estudio y reflexiones en el laboratorio; los potentes telescopios, esos ojos para ver los remotos confi nes del universo, tuvieron que esperar a que se conocieran las leyes de la óptica; el vehículo espacial no se pudo*

Tal constatação fornece dois elementos que também devem ser acrescidos à reflexão sobre os impactos da biotecnologia nas relações sociais: o primeiro deles se refere ao discurso da neutralidade científica ou tecnológica e o segundo se relaciona com a presença forte dos interesses econômicos na promoção e na conquista de novos mercados dos produtos “biotecnológicos”.

Segundo Cambrón (2003), a inevitável aproximação material entre ciência e tecnologia na atualidade sinaliza a necessidade de se reformular a compreensão acerca das ideias de neutralidade e liberdade científica. No campo das ciências da vida (biociências) fica cada vez mais difícil o investigador determinar o objeto de sua investigação e levar esta a cabo de forma incondicionada, pois ele mesmo precisará de materiais, instalações, equipamentos avançados e recursos sem os quais a pesquisa nem ao menos poderia ser iniciada (CAMBRÓN, 2003). No estágio atual, segundo as palavras da autora:

[...] la ciencia há experimentado un proceso de cambio que permite caracterizarla con los rasgos siguientes: 1) Em la actualidad la ciencia vive em gran medida del feedback intelectual que le da precisamente su aplicación técnica. 2) de ésta recibe sus mandatos: em qué dirección buscar, qué problemas resolver. 3) para solucionarlos, y em general para su próprio desarrollo, utiliza una técnica avanzada: sus instrumentos físicos son cada vez más exigentes. Em este sentido hasta la ciencia más pura tiene una participación em los beneficios de la técnica, igual que la técnica la tiene em los de la ciencia. 4) los costes de este equipamiento físico y de su manejo tienen que ser aportados desde fuera: la pura economía de la cose exige la colaboración de la caja pública u de outro pradrinazgo financiero y tal fundamento del proyecto aprobado, aunque formalmente no éste ligado a contraprestación alguna, se produce naturalmente em la expectativa de alguno beneficio posterior em le terreno práctico. (CAMBRÓN, 2003, pp.9-10)

Nesse sentido, deve-se considerar que os avanços biocientíficos (e conseqüentemente biotecnológicos) não perseguem apenas o conhecimento, nem são movidos apenas pela busca da verdade de forma objetiva e neutra, mas as atividades da ciência são cada vez mais determinadas “*por intereses externos en vez de por la lógica de la ciencia misma o por la livre curiosidade del investigador*”(CAMBRÓN, 2003, p. 10). A liberdade científica também não pode ser vista como um valor e um direito absoluto oponível contra qualquer esfera de

construir hasta saber a fondo los entresijos de la aeronáutica, y el drama lírico es fruto de explorar los secretos de la armonía. Los inventos que nos deslumbran son hijos de una madre que se llama teoría.” O que se destaca de forma bem evidente na área da biotecnologia é que ela própria é, ao mesmo tempo, resultado e causa dos avanços em diversas áreas do conhecimento já destacadas no texto. Citamos como exemplo a pesquisa com células tronco embrionárias: só foi possível descobrir a funcionalidade dessas células a partir da tecnologia já desenvolvida para o manuseio e experimento da pesquisa. Por sua vez, os testes e as demais investigações sobre as aplicações dos tecidos embrionários poderão resultar em novas biotecnologias (utilidades), como o desenvolvimento de remédios, terapias, ou mesmo fabricação ou regeneração de tecidos humanos, evidenciando-se, assim, uma constante e indissociável interação entre ciência e técnica.

regulação estatal que imponha responsabilidade social dos cientistas assim como limites à pesquisa e à utilização das inovações biotecnológicas.

A associação entre tecnologias de reprodução e mercado é evidente (já que a tecnologia se dirige ao alcance de utilidades econômicas) e até certo ponto antiga. Como registra Rifkin (1999), as técnicas de congelamento e de transplante de embriões geraram uma demanda tanto de tais células germinativas como de úteros, pondo em questão e, alguns casos até mesmo se admitindo, a disposição onerosa de células humanas e do próprio corpo feminino (útero de substituição).

O destaque maior, no entanto, é dado ao “supermercado genético” mencionado por Nozick na nota de rodapé n.13 do seu livro “*Anarquia, Estado y Utopía*”. Segundo o autor, o erro dos biólogos estaria na tentativa de fixar os tipos ideais de pessoas e de controlar o processo genético para alcançá-lo. Seria mais eficaz, então, que eles entendessem que estão lidando com um “supermercado genético” apto a satisfazer as exigências de pais em potencial e que limitar as opções de escolha a certos tipos “de pessoas melhores” restringe a oferta e, conseqüentemente, a demanda⁸.

Visto sob essa perspectiva – a do supermercado genético – não apenas a tese da procriação normativa de Testar estaria fortalecida, como também a tese de Bauman (2008) de que em uma sociedade de consumo, não apenas se consome produtos, mas também existe a tendência de considerar tudo ao redor (pessoas, relacionamentos, instituições - inclusive futuros filhos) como mercadorias, passíveis de agregar um valor de mercado de acordo com a preferência do cliente.

Tendo em vista todos os fatores destacados acima, qual deveria ser papel do Direito em face da biotecnologia? O direito deverá incorporar a lógica da dinâmica complementar e antagônica entre “esperanças, riscos e medos” produzidos pela tecnologia (LOUREIRO, 2015). O papel da regulação jurídica, ainda na esteira de Loureiro, deverá atender a essa mesma dinâmica da era tecnológica: viabilizar as esperanças, facilitando, promovendo e incentivando o desenvolvimento tecnológico e, ao mesmo tempo, diminuir riscos e responder aos medos, principalmente aqueles que decorrem de potenciais ameaças aos direitos da pessoa humana (no mesmo sentido MOLINARO e SARLET, 2015).

⁸ Nozick considera legítima a intervenção do Estado em casos em que a alteração de algumas proporções seja preocupante como o número de homens e mulheres. Nesses casos, exemplifica: “*Supóngase, por simplicidad, que la proporción deseada es 1:1.; a los hospitales y clínicas se les pediría (al menos como arreglos contables) igualar las parejas que desean un hijo varón con las que deseen una hija, antes de ayudar a cualquier pareja a realizar sus deseos. Si más parejas desearan una alternativa, las parejas pagarían a otros para que formaran la otra pareja del par de parejas y se desarrollaría un mercado para beneficio económico de los indiferentes sobre el sexo de su próximo hijo*” (NOZICK, 1991, p.303, nota de rodapé 13)

De igual forma, para atender a uma realidade social e tecnológica multifacetada e cada vez mais contraditória entre os benefícios e os riscos que produz, a ciência do Direito deve incorporar o pensamento complexo (MORIN, 2005B), evitando reduções de todo tipo – ao modo daquela reproduzida entre “tecnofóbicos” e “tecnofílicos”, sob pena de produzir um conhecimento inadequado e ineficaz à realidade que pretende impactar.

O termo complexidade refere-se aqui à concepção desenvolvida por Edgar Morin tanto para explicar os fenômenos sociais como para defender um pensamento científico e uma epistemologia complexa acerca desses fenômenos. A complexidade de um fenômeno é denotada pela pluralidade de fatores que podem funcionar como sua causa assim como pela multidimensionalidade⁹ de suas consequências ou impactos (MORIN, 2005B).

As diversas dimensões em que está inserido um fenômeno complexo são muitas vezes antagônicas e contrapostas e integram uma dialética, denominada por Morin de dialógica, na qual não existe uma síntese. O pensamento complexo, ao levar em conta o contexto global no qual se situa o fenômeno, procura aproximar-se de uma visão mais ampla do objeto, considerando suas faces multidimensionais e dialógicas¹⁰ – apresentação dos fenômenos por meio de princípios que se opõem, mas ao mesmo tempo se complementam (MORIN, 2005B)¹¹.

O recurso ao pensamento complexo, para além da compreensão da dialógica entre riscos e benefícios do fenômeno tecnológico, permite incorporar a complexidade ao próprio fenômeno jurídico como meio de regulação de condutas humanas e oferece novas vias de reflexão sobre o seu papel social¹². As relações complexas de antagonismo e

⁹ Vale ressaltar que o caráter multidimensional do pensamento complexo “não pretende dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões [...]. Dito isto, ao aspirar a multidimensionalidade, o pensamento complexo comporta em seu interior um princípio da incompletude e da incerteza.” (MORIN, 2005B, p.177).

¹⁰ Morin (2005B) prefere o termo dialógico (duas lógicas opostas e complementares) ao termo dialético, em razão deste último está associado a grandes reduções, à eliminação das dificuldades por meio das sínteses.

¹¹ Sem correr os riscos da (esperançosa) corrida (bio) tecnológica, os resultados prodigiosos para o bem-estar da humanidade não teriam sido alcançados. Tampouco teriam sido registrados os maiores danos à humanidade nos dois últimos séculos decorrentes do desenvolvimento tecnocientífico. Quanto mais ganhos em termos de saúde, bem-estar e comodidades, mais se acumulam perigos e riscos, os quais por sua vez, impulsionam a pesquisa e a descoberta de novos benefícios. Riscos e benefícios integram, assim, a dinâmica dialógica do fenômeno tecnológico, são seus efeitos antagônicos, mas também complementares.

¹² Em uma relação sempre tensa e contraditória com a liberdade individual, o direito moderno promoveu a delimitação do poder político, garantiu espaços de atuação livre das pessoas, estimulou a participação dos indivíduos na formação da vontade política e inibiu a barbárie no e pelo Estado. Por outro lado, como elemento inserido no “caldo” cultural que é, reproduz também valores, costumes e práticas sociais (nem sempre menos bárbaras que a barbárie estatal) que tende a conformar, condicionar e limitar a atuação livre dos indivíduos, afetando inclusive sua capacidade de autodeterminação. Como produto social, o direito constrange, proíbe e prescreve comportamentos, comprimindo a liberdade do indivíduo com as pressões que recebe do meio social. Dessa forma, em um paradoxo insuperável introduzido pelo pensamento complexo, o direito encerra em si mesmo, seus dois antagônicos, liberdade e opressão: possibilita a existência da liberdade dos indivíduos,

complementariedade entre direito e liberdade advertem acerca do modelo de delimitação do território do direito na seara da tecnologia: a regulação jurídica não poderá ser feita com simples mecanismos de exclusão normativa ou ao contrário, com normas de inclusão apenas. Como salienta Rodotà (2010, p 36) a hipótese do não direito, não significa a simples ausência de normas, significa ao contrário, áreas “*abandonadas al juego de la moral y la norma social, por no hablar de la mera fuerza.*” Na verdade, a ausência do direito pode significar o aumento de outras formas de violência que o próprio direito tenta eliminar.

Nesse ponto, a tese de Robertson de que as tecnologias reprodutivas tendem a aumentar o horizonte de escolhas para os indivíduos, promovendo sua liberdade é posta em xeque pelo seu antagonico: os determinismos sociais ressaltados por Testart (1999). Se de fato o advento da tecnologia reprodutiva permitiu o incremento cada vez mais intenso do domínio do processo reprodutivo, também é verdadeiro que as pressões sociais aumentaram, condicionando às pessoas (notadamente mulheres) a recorrerem às tecnologias reprodutivas, seja em busca do filho desejado ou do filho “saudável” e “normal”. Nesse aspecto, a ausência de regulação jurídica, como propõe Rodotà não implicaria em ausência de normas – tendo em vista que as decisões serão de fato guiadas pelas regras de mercado, pelas expectativas sociais de normalização assim como pelas exigências de uma sociedade de consumo – podendo resultar na redução ou mesmo eliminação da liberdade¹³.

Por outro lado, a pretensão do direito e da política de envolver todas as dimensões da vida humana adotando excessivamente a técnica da proibição e, portanto, retirando os espaços de liberdade individual sobre questões vitais, fará do próprio direito um mecanismo de violência e autoritarismo, tornando-se ele próprio um instrumento de oposição ao livre desenvolvimento da personalidade (RODOTÀ, 2010).

Dessa forma, a compreensão da complexidade dos fenômenos biotecnológicos e de suas

ordenando relações, gestando espaços de proteção de livre desenvolvimento das pessoas, ao tempo em que a reduz, “sufocando-a” em nome das exigências de conformidade social, política e econômica.

¹³ Andrews (2006), por exemplo, relata a difícil realidade que as mulheres americanas vêm enfrentando com a normalização dos testes genéticos prenatais: muitas delas têm evitado contar para parentes e amigos que estão grávidas antes do resultado dos testes. O uso massivo dos testes e sua inclusão na rotina obstétrica parecem transmitir a mensagem de que as mulheres têm o dever de garantir o bem estar dos futuros filhos e a pressão social é tão intensa que impõe um ônus de decidir pelo aborto daquele feto, eliminando a própria liberdade da mulher para a tal decisão. No registro da autora (2006, p.132): “*Society may make women feel guilty for continuing the pregnancy of a foetus with even a slight disability. This occurred in the case of Bree Walker-Lampley, a California anchorwoman affected with ectrodactyly, a mild genetic condition which fused the bones in her hand. When she decided to continue a pregnancy of a foetus with the same condition, a radio talk show host and her audience attacked the decision as irresponsible and immoral* (Allen, 1992; Seligmann and Foote, 1991).”

repercussões no mundo jurídico, exige uma incessante busca por mecanismos e estratégias¹⁴ de regulação que integre a expropriação de poder, não apenas do legislador, mas também dos mercados e demais poderes particulares, com a ampliação dos espaços de autodeterminação individual. Como propõe Rodotà (2010, p.38), essa integração epistemológica e até mesmo normativa poderia ser feita partindo-se de dois modelos: de um lado, o do respeito aos direitos fundamentais e, de outro, o da promoção do livre desenvolvimento da personalidade¹⁵.

Feitas essas considerações, passemos, então, a analisar como a técnica da seleção genética embrionária incorpora essa tensão dialógica entre “esperanças, medos e riscos” e como algumas propostas acerca de sua admissibilidade desconsideram essa dinâmica, acabando por incorrer numa visão monolítica do direito que descarta elementos essenciais tanto para proteção dos direitos fundamentais como para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade.

1.2 Seleção genética de embriões humanos pré-implantados: diagnóstico genético e análise genética pré-implantacionais. Finalidades “terapêuticas” e “não terapêuticas”

A seleção genética de embriões humanos ainda não implantados em útero materno se tornou possível desde a década de noventa do século passado em razão do desenvolvimento da pesquisa e da tecnologia na área da biomedicina, especificamente no campo aplicado da reprodução assistida (SEPÚLVEDA E PORTELLA, 2012).

Tecnicamente, existem dois procedimentos de seleção embrionária ainda em estágio pré-implantacional: o *Preimplantation Genetic Diagnosis* (PGD), ou simplesmente Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI), em português, e o *Preimplantation Genetic Screening* (PGS), análise (rastreamento) genético pré-implantacional (REPPING *et al*, 2014).

¹⁴ Termo também utilizado no sentido proposto por Morin (2005B), e entendido como a elaboração de vários cenários de ação os quais comportam as incertezas das próprias ações tomadas e de seus resultados, permitem vigiar os efeitos dessas ações e mudar o seu curso quando tais efeitos forem inesperados ou não desejados inicialmente. Em suas palavras: “A palavra estratégia não designa um programa predeterminado que basta aplicar *ne variatur* no tempo. A estratégia permite, a partir de uma decisão inicial, prever certo número de cenários para a ação, cenários que poderão ser modificados segundo as informações que vão chegar no curso da ação e segundo os casos que vão se suceder e perturbar a ação.” (MORIN, 2005B, p.79).

¹⁵ A questão entre o limite do direito e do não direito especialmente em questões que dizem respeito às formas de vida e às decisões existenciais das pessoas, segundo Rodotà (2010) não deveria ter uma resposta simples, em termos de “deve ser absolutamente proibido” pelo direito ou “deve ser completamente permitido”. O autor sugere que uma forma de enfrentar a questão seria integrando essas duas fórmulas jurídicas consagradas: o respeito pelos direitos fundamentais e pelo livre desenvolvimento da personalidade. No primeiro polo, os direitos fundamentais representam não apenas garantias em face do poder estatal e limites à sua atuação, mas também são vistos como pautas valorativas do agir social e nesse sentido, exigem certos deveres de proteção. No segundo, o livre desenvolvimento da personalidade indicaria uma liberdade imprescindível para a busca autônoma de uma identidade pessoal, sendo que esta não estaria totalmente à margem do direito, mas fundamentada e reconhecida por este.

O PGS, cujo aparecimento foi anterior ao DGPI, surgiu com o objetivo de detectar as anormalidades cromossômicas¹⁶ relacionadas com a perda embrionária ou fetal, tendo como principal vantagem o aumento da eficiência das técnicas de reprodução assistida e o sucesso das gestações em mulheres de idade avançada e nos casos sucessivos de abortos espontâneos (BRAUDE e EI-TOUKHY, 2014).

Já o DGPI esteve associado primariamente a fornecer condições para que casais portadores de graves condicionamentos hereditários pudessem ter um filho saudável (REPPING *et al.*, 2014). Segundo Brausde e El-Toukhy (2014), o DGPI tem uma importância significativa para casais com sérios riscos de transmitir à descendência doenças ou deficiências que podem ocasionar a morte precoce da criança, ainda em tenra idade (como a atrofia espinhal muscular, fibrose cística, distrofia muscular de Duchenne).

Pode-se dizer, assim, que o PGS tem como objetivo o sucesso da fertilização *in vitro* e da gestação, enquanto o DGPI visa, ao menos em sua finalidade inicial, o nascimento de uma criança saudável¹⁷.

As técnicas atualmente disponíveis, como registram Repping *et al.* (2014), combinam em um só teste os dois rastreamentos e acabam por tornar a distinção entre DGPI e PGS não reconhecida universalmente¹⁸. Além de ser discutível se haveria algum benefício clínico para a pessoa ou o casal solicitante realizar os dois testes – quando na verdade dependendo do caso, bastaria a realização do PGS (REPPING *et al.*, 2014, p.181), essa indistinção também tem impacto negativo nos estudos acerca do DGPI ou mesmo na sua regulamentação.

¹⁶ Como informa Sadler (2005, p.6), as anormalidades cromossômicas são um fator importante de abortos espontâneos: “Estima-se que 50% das concepções terminem num aborto espontâneo e que 50% desses abortos apresentem anormalidades cromossômicas. Cerca de 25% desses conceptos, portanto, têm um defeito cromossômico.” As anormalidades podem ser numéricas (aneuploidias) ou estruturais (translocações). Aneuploidia é uma espécie de anormalidade cromossômica associada ao excesso ou a falta de cromossomos numa célula somática humana que dá origem a diversas síndromes, como a síndrome de Down, síndrome de Klinefelter, síndrome de Turner e outras (SADLER, 2005). As alterações estruturais (translocações cromossômicas) decorrem de rearranjos nos segmentos cromossômicos, como a perda e duplicação de parte da estrutura cromossômica ou mesmo a troca entre partes de cromossomos diferentes, ocasionando diversas síndromes, como a síndrome do *cri du chat* (miado de gato) e a síndrome de Williams (GRIFTINGS, 2013).

¹⁷ Como também assinalam Mendes e Pimentel (2013), o DGPI é realizado através de métodos que preservam a integridade do embrião, tornando-se um meio menos invasivo de detectar doenças genéticas se comparado com outros procedimentos como o Diagnóstico Pré-natal (realizado durante a gestação), nos quais há uma incidência muito grande de infecções e óbitos. Não apenas por sua segurança, mas principalmente pelo momento em que é realizado, durante a fase de pré-implantação do embrião no útero materno, o DGPI foi visto como uma alternativa ao diagnóstico pré-natal que favorece a prática do aborto seletivo em muitos países como Estados Unidos, Espanha, França, Rei entre PGS e DGPI, no Unido, Alemanha e Itália (KULIEV, 2012; BAYEFISKY e JENNINGS, 2015)

¹⁸ Esse tratamento uniforme, sem diferenciações entre PGS e DGPI, pode ser encontrado em Kuliev *et al.* (2015, p.21): “Although preimplantation genetic diagnosis (PGD) was initially introduced for pre-existing genetic conditions, its application appears to be of particular relevance for sporadic conditions, such as chromosomal abnormalities, that contribute significantly to pregnancy loss and infertility.”

Idiakez (2010, p. 122), por exemplo, menciona que a maior parte dos dados que informa o uso do DGPI na Europa refere-se, na verdade, ao uso do PGS, o que dificulta a análise dos resultados. Além disso, como também registra a autora, na Espanha, onde o DGPI foi regulamentado, não se menciona nenhum limite à utilização da análise do PGS, ao contrário do Reino Unido, onde o recurso ao PGS foi limitado aos casos de mulheres com mais de trinta e cinco anos que tenham histórico de abortos repetitivos ou que já tenham se submetido a outros ciclos de fertilização *in vitro* sem sucesso¹⁹.

Para os efeitos do trabalho, mantém-se a distinção entre PGS e DGPI principalmente por suas funcionalidades: o primeiro está associado ao sucesso dos procedimentos de reprodução assistida e conseqüentemente da gestação, já o segundo tem o objetivo (ao menos primário) de proporcionar aos futuros pais, portadores de condicionamentos genéticos graves, o nascimento saudável da prole²⁰.

A análise genética nos dois casos (DGPI e PGS) é realizada por meio de uma técnica que permite retirar células do ovócito fecundado (embrião em fase inicial de desenvolvimento)²¹, antes da sua implantação no útero²², para analisar sua sequência genética

¹⁹ Manter a diferença é importante também para ressaltar que a seleção genética dos embriões portadores das síndromes decorrentes de alterações cromossômicas como das aneuploidias (tais com a síndrome de Down e de Turner) está relacionada com o sucesso da gravidez (PGS) e não com a saúde da prole (DGPI). Nesse sentido, é que a legislação do Reino Unido faz restrições ao uso do PGS, limitando-os aos casos de aborto repetitivo e de mulheres em idade avançada.

²⁰ Cumpre ressaltar que ambas as técnicas tiveram suas nomenclaturas alteradas durante a segunda revisão do Dicionário Internacional de infertilidade e de Atenção à fertilidade promovida pela Organização Mundial de Saúde no ano de 2017. Tanto DGPI como PGS, passaram a ser nominados como PGT, em inglês, *Preimplantation Genetic Testing*. Para diferenciá-los, foram introduzidos os sufixos: PGT-A (A de aneuploidia, para se referir ao PGS), PGT-M (M de monogênicas, para se referir às doenças e condições resultante das alterações em genes únicos e dessa, forma, representaria o PGD ou DGPI em português) e ainda o PGT-SR (SR significando as siglas de “*structural rearrangements*” (translocações cromossômicas), também atualmente cobertas pelo PGD/DGPI). Segundo Zegers-Hochschild *et al.* (2017), o objetivo da mudança teria sido uniformizar a utilização dos termos no meio técnico, clarificar sua finalidade, evitando desinformação na relação médico-paciente e facilitando o seu tratamento político. Considerando o fato de a literatura pesquisada e consultada ainda não ter se adaptado, nem mesmo aquelas com publicação mais recentes à nova terminologia, seguimos no trabalho utilizando os termos PGS e DGPI, sem prejuízo quanto à descrição técnica e finalidade de ambos que permanecem as mesmas explicitadas no texto.

²¹ Ovócito, também denominado oócito, refere-se ao gameta feminino, mais conhecido como óvulo. Zigoto é o resultado da união entre o gameta masculino e feminino que passa a sofrer intensas divisões celulares logo após a fecundação. Após 30 horas, o zigoto já possui duas células, quatro células em 40 horas e, em aproximadamente três ou quatro dias, atinge o número de dezesseis células que sofrem uma espécie de compactação dando origem ao blastocisto (SADLER, 2005). Essas fases do desenvolvimento embrionário antecedem à implantação do blastocisto no útero, daí ter surgido na literatura médica e biomédica, conforme nos relatam Colomer e Pastor (2017), o termo “pré-embrião”. A aceitação do termo não é unânime, pelo contrário, registrou-se de 2005 até 2014, uma queda na sua utilização em trabalhos científicos, sendo mais comum encontrar simplesmente a referência ao termo “embrião”, diferenciando-se apenas suas fases de desenvolvimento (COLOMER e PASTOR, 2017). Como informa Acero (2010), o termo pré-embrião foi amplamente utilizado - como estratégia discursiva - no debate legislativo acerca das células-tronco embrionárias no Reino Unido. A legislação posteriormente aprovada veio a permitir a pesquisa com pré-embriões até o 14º dia após a fecundação (etapa em que o blastocisto, implantado no útero, já se transformam em embrião) (ACERO, 2010). Em nossa pesquisa o termo

e verificar a presença de anomalias cromossômicas (PGS)²³ ou identificar genes relacionados com fatores causadores ou determinantes de doenças genéticas (DGPI)²⁴.

A introdução do PGS na rotina da reprodução assistida, especificamente para identificar alterações cromossômicas – associadas a principal causa de abortos espontâneos - aumentou exponencialmente as chances de uma gravidez bem sucedida (POMPEU E VERSELETTI, 2015).

No caso das doenças ou deficiências genéticas graves, o DGPI foi inicialmente desenvolvido para detectar desordens causadas por um gene (doenças monogênicas)²⁵ com manifestação ainda em tenra idade (KULIEV *et al.*, 2014).

Se o casal já teve crianças afetadas por enfermidades de origem monogênica, o DGPI é indicado para selecionar embriões não portadores dos genes mutantes relacionados com a doença (GERMAN ETHICS COUNCIL, 2012).

Inclusive, como ressalta Cirión (2006, p.145), é possível selecionar o sexo do embrião quando a presença dos genes mutantes, sejam dominantes ou recessivos, está relacionada com os cromossomos sexuais, podendo ocasionar nesses casos a manifestação da doença em apenas um dos sexos. O DGPI, nessas hipóteses, é indicado tanto para selecionar embriões em razão do sexo não portadores de genes mutantes dominantes – o que significa prevenir o nascimento de alguém que iria sofrer de grave desordem genética – como também para selecionar embriões não portadores de genes mutantes recessivos – o que, por sua vez, significa evitar o nascimento de alguém que seria portador da doença, mas que não necessariamente iria manifestá-la. (CIRIÓN, 2006).

Conforme relatório do Conselho de Ética Alemão (2012, p.17), apesar de existir um número muito grande de desordens monogênicas, elas raramente são encontradas em populações com alto grau de miscigenação. Por outro lado, são doenças com severos sintomas

utilizado será o de embrião, mais corrente, como assinalado acima. Não obstante, quando da justificação da tutela objetiva da vida humana, retornaremos aos termos do debate.

²² Conforme explicam Pompeu e Verseletti (2015) existem várias formas de realizar a biópsia para fins de diagnóstico genético no embrião. A mais utilizada é aquela em que é retirado um blastômetro (célula do zigoto) durante o terceiro dia de desenvolvimento do ovócito, contudo, a mais eficaz, em razão do estágio de desenvolvimento do embrião e a possibilidade de se detectar um maior número de anomalias -se existentes- (KULIEV *et al.*, 2014), é aquela realizada no estágio de blastocisto (embrião com cinco dias de fertilizado).

²³ Como, por exemplo, a Síndrome de Down, Síndrome de Turner, Síndrome de Klinefelter, trissomias diversas etc. (AGUIAR e LOBO, 2011)

²⁴ São doenças “transmitidas de uma geração para a seguinte, conhecidas como doenças hereditárias”. (GRIFFITINS *et al.*, 2013, p.12), causadas por alterações na sequência de DNA que podem atingir um ou vários genes.

²⁵ Aquelas decorrentes de mutações na sequência do DNA que atingem apenas um gene. Podem ser dominantes - quando os indivíduos afetados têm apenas uma cópia do gene mutante - ou recessivas, quando é necessário para a manifestação da doença duas cópias do gene mutante. São doenças monogênicas: Anemia falciforme, fibrose cística, doença de Huntington, distrofia miotônica, Hemofilia A, Talassemia etc. (AGUIAR e LOBO, 2011)

que não têm tratamento em longo prazo e que normalmente são fatais ainda na infância ou na adolescência, sendo que algumas mesmo se manifestando apenas na idade adulta (como a doença de Huntington) têm a mesma intensidade de sintomas e gravidade.

Atualmente, devido aos avanços da tecnologia na área, já é possível identificar alterações genéticas relacionadas a doenças multifatoriais e de manifestação tardia (como a predisposição para o câncer de mama, para o Alzheimer e doenças cardíacas) e más formações congênitas (como a surdez) (KULIEV *et al.*, 2014).

No caso de doenças multifatoriais, o DGPI serve eminentemente como instrumento de predição (ou seja, de indicação de fatores de risco) já que a influência do fator genético não determina isoladamente, sem a influência dos fatores ambientais, a manifestação da doença. (GERMAN ETHICS COUNCIL, 2012).

Outra aplicação da técnica do DGPI é relatada no caso de seleção de embriões com antígenos (do sistema leucocitário humano- HLA,) compatíveis com o irmão doente, para fins de tratamento deste com células-tronco do cordão umbilical da criança após o nascimento (KULIEV *et al.*, 2014). Esse recurso deu origem às expressões como “bebê-medicamento” ou “*sibling babies*” e tem provocado profundas discussões éticas sobre a instrumentalização do recém-nascido advindo da seleção genética embrionária (IDIAKEZ, 2010; CIRIÓN, 2015).

A rapidez com que a tecnologia de sequenciamento genético avança aliada ao investimento econômico maciço das empresas do setor é possível se projetar, para um futuro próximo, uma expansão cada vez maior do número de doenças e condições genéticas incapacitantes a serem identificadas, além de características fenotípicas relacionadas com o genótipo, como altura, cor da pele, dos olhos *etc.* (BAYEFISKY e JENNINGS, 2015).

Segundo registro de Bayekfsky e Jennings (2015, p, 6), uma importante ferramenta tem sido desenvolvida atualmente pela “indústria da genética” para acelerar, ampliar, facilitar e reduzir os custos da seleção genética por meio do DGPI, que é o sequenciamento completo do genoma humano²⁶.

Por meio dessa tecnologia, como ressaltam os autores, será possível identificar qualquer traço fenotípico, comportamental ou mesmo predisposição a doenças ou deficiências relacionadas com os genes humanos cujas funções já tenham sido descobertas pelos cientistas.

²⁶ Genoma humano é toda informação genética codificada no DNA da espécie humana. O sequenciamento do genoma completo atualmente fornece informações sobre os genes cujas funções já foram relatadas ou associadas a alguma característica fenotípicas ou comportamentais. A análise do genoma completo de uma pessoa poderá fornecer informações de prognose ou predição de doenças e, se aplicado ao embrião humano, os dados genéticos obtidos podem ser bem mais amplos do que aqueles obtidos por meio do PGS ou do DGPI, tais como as características fenotípicas relacionadas àquele genoma, assim como o prognóstico completo acerca de enfermidades, deficiências ou qualquer característica incapacitante já identificadas pelos cientistas e associadas a determinados genes. Conferir a respeito Rifkin (1999).

A única limitação seria, ainda, o escasso número de embriões produzidos por cada ciclo da fertilização *in vitro*: em média seis com qualidade para serem submetidos ao DGPI. Um número tão reduzido de células para análise não possibilitariam, por exemplo, a testagem para as centenas de genes relacionados com a inteligência humana (BAYEFSKY e JENNINGS, 2015).

Em razão da diversidade de aplicações do DGPI, Cirión (2015) analisa os impactos éticos e jurídicos da técnica sob duas perspectivas: a utilização do DGPI com finalidades “terapêuticas” e a utilização do DGPI com finalidades “não-terapêuticas”²⁷.

Entra as aplicações com finalidades “terapêuticas”, a autora reúne a seleção em razão de enfermidades graves de aparição precoce, de enfermidades de aparição tardia, de enfermidades multifatoriais com predisposição genética e, ainda, a seleção de embriões com finalidade terapêutica para terceiros (*sibling babies*). Já como finalidade “não terapêutica”, situa as aplicações destinadas à seleção de sexo por motivos familiares (*family balancing*) (CIRIÓN, 2015).

Como finalidade “não terapêutica”, incluiriam-se as aplicações relatadas por Bayekfsky e Jennings (2015) como a utilização do DGPI para selecionar características conforme o fenótipo preferido pelos pais, como cor da pele, dos olhos, alturas etc.

A classificação de Cirión, contudo, pode se revelar problemática quando se verifica que nem sempre as aplicações reunidas em torno do termo “terapêutico” de fato são intervenções

²⁷ Outra nomenclatura utilizada para agrupar as aplicações seletivas conforme sua finalidade trata-se da dicotomia “aplicações médicas” e “aplicações não médicas”. Essa distinção, além de enfrentar as mesmas críticas dirigidas mais adiante no texto em relação à dicotomia “seleção cons fins terapêuticos” e “não terapêuticos”, ainda suscita questionamentos mais complexos. Considerando a duplicidade de papéis que a medicina tem assumido atualmente – incorporando cada vez mais procedimentos de *better performance* (ou de melhora do estado de normalidade) em sua *práxis*, ao lado das tradicionais intervenções para prevenção, cura e tratamento de doenças – a primeira dificuldade seria em definir quais práticas seletivas poderiam ser consideradas médicas e quais não poderiam. Outro problema quanto à validade desse critério distintivo se relaciona com a própria definição de saúde – alvo maior da medicina clássica e moderna – como um “completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades”, segundo a Organização Mundial de Saúde. Se para promover o bem estar social da futura criança, sua inclusão e o incremento de oportunidades na comunidade sexista em que vivem, os futuros pais puderem recorrer à seleção pré-implantacional de embriões do sexo masculino, como não incluir essa prática seletiva como seleção para fins médicos? Acreditamos que postular a validade e utilização da dicotomia entre prática seletivas médicas e não médicas exigiria, em primeiro lugar, uma ampla (e talvez interminável) discussão (de forma nenhuma apenas jurídica) sobre os papéis que a medicina deve assumir como prática, propósito impossível de ser seguido na presente tese. Isso não significa, porém, negar que tanto a distinção terapêutica/não terapêutica, médica/não médica, não possa ter influência nos discussos políticos, legislativos e jurídicos – apesar das dificuldades e linhas tênues de diferenciação, como ressalta Año (2012) –, nem muito menos significa assumir que não haja critérios válidos para conferir um tratamento jurídico adequado e diferenciado às inúmeras possibilidades de práticas seletivas. Como desenvolveremos no segundo capítulo da segunda parte, a licitude/ilicitude e mesmo a proteção de uma liberdade juridicamente protegida para a realização da seleção embrionária pré-implantacional deve levar em conta o poder conferido aos futuros pais pela tecnologia seletiva para configurar e determinar características fenotípicas ou até mesmo traços de personalidade (se e quando a tecnologia permitir) da futura criança.

para tratamento em saúde²⁸.

Apenas a seleção de embriões com antígenos (do sistema leucocitário humano- HLA,) compatíveis com o irmão doente, para fins de tratamento deste com células-tronco do cordão umbilical da criança poderia se classificar como seleção para fins terapêuticos.

Porém, as demais seleções viabilizadas por meio do DGPI não poderiam simplesmente ser classificadas como tal, pois não se seleciona com o objetivo de tratar a doença do embrião em si ou de um irmão gravemente doente. Não existe como ressalta Kuliev (2012) terapia gênica hoje disponível para tratar o embrião com anomalias cromossômicas ou doenças genéticas, o que posiciona o DGPI como mecanismo de prevenção de algumas enfermidades.

Mesmo a seleção genética embrionária para os fins a que se destina o PGS – o de assegurar o êxito da gestação e a superação do estado de infertilidade dos solicitantes dos procedimentos de reprodução assistida – pode ter contestada seu caráter terapêutico já que por sua vez, não visa tratar a infertilidade em si, mas garantir o nascimento de bebês.

A classificação da autora também não elimina as profundas discussões em torno de cada grupo de aplicações. No grupo das finalidades consideradas “terapêuticas”, por exemplo, poderia se atribuir o mesmo grau de legitimidade à seleção genética embrionária no caso de doenças monogênicas graves de manifestação precoce com relação aquelas de manifestação tardia? E ainda: qual o grau de justificação e aceitação do uso do DGPI para doenças multifatoriais? Haveria como se fazer distinção entre as doenças multifatoriais graves com alto risco genético de manifestação (câncer de mama, por exemplo, quando existe a presença dos genes mutantes BRCA1 e BRCA 2), de doenças multifatoriais com menor influência do fator genético, como obesidade e diabetes?

Do mesmo modo, dentre as finalidades “não terapêuticas”, indaga-se se não haveria um interesse legítimo ou até mesmo um direito dos pais, de utilizar o DGPI para proporcionar ao filho a melhor qualidade de vida possível, o que autorizaria não apenas a seleção de embriões com qualquer risco de desenvolver doenças ou deficiências menos graves (como miopia ou asma), mas também que sejam portadores das melhores condições genéticas possíveis, como um alto padrão de memória ou inteligência.

²⁸ A própria etimologia da palavra “terapêutica”, cujo prefixo grego *therapeúō* indica “curar, tratar, cuidar” demonstra a impropriedade de sua utilização. À exceção da seleção genética embrionária cujo objetivo é a escolha de um embrião com a tipagem HLA (*Human Leukocyte Antigen*) compatível para futura doação de células-tronco ao irmão doente, as práticas seletivas em geral não se prestam a tratar, curar ou cuidar de embriões portadores de enfermidades. Na visão de Fabre-Magnant (2004), com a qual compartilhamos, existe na verdade um abuso no uso da expressão “finalidade terapêutica” como critério de legitimidade e aceitação das práticas seletivas embrionárias que evitam o nascimento de crianças com doenças graves. Como insiste o autor, referindo-se às hipóteses de aborto seletivo permitidas na França, “não há nenhuma terapia na decisão de impedir uma criança doente de nascer” (FABRE-MAGNAN, 2004, p.211).

Essa última questão põe em debate, como saliente Morán (2012), o uso do DGPI também como instrumento de melhora²⁹ da qualidade de vida não apenas no seu aspecto individual, mas coletivo (vida comunitária) e mesmo universal (melhoramento da espécie humana). Surge, assim, uma abordagem acerca da seleção genética que tende a diferenciá-la conforme sua finalidade: se “terapêutica” ou se “perfeccionista”.

Para defender amplamente o uso do DGPI em todas as suas aplicações, alguns autores vem alegando que não existe uma linha divisória nítida entre terapia e melhora (SAVULESCO, 2001; BOSTROM, 2001). A classificação das aplicações do DGPI conforme suas finalidades terapêuticas ou perfeccionistas não constituiriam, assim, nenhum critério válido para se restringir seu uso a depender da função.³⁰

Embora não seja impossível fazer uma distinção razoável entre aplicação terapêutica e não terapêutica – mesmo levando em consideração que os critérios distintivos não se situem no plano da objetividade científica ou médica – a crítica quanto aos tênues limites entre terapia e melhoramento deve ser levada em consideração.

Tratamento (cujo objetivo visa restabelecer o estado normal de saúde) e aperfeiçoamento (cujo objetivo visa a melhora do estado normal) partem de um ponto em comum: o conceito de normalidade – será terapia o procedimento que tende a restaurar algo que está mal, abaixo da normalidade, por sua vez, será melhora quando as intervenções tendem a assegurar um estado mais além da normalidade, mais além da saúde (MORÁN, 2012).

Porém, o próprio conceito de normalidade é bastante controverso, inclusive no campo da saúde. Como adverte Morán (2012, p.4): *“la distinción entre normalidade/anormalidade es una construcción cultural y, consecuentemente es relativa; es además, muy cambiante porque passa com facilidade de um estado a outro.”*

Como o que vem a ser normal determina o próprio conceito de saúde, o conceito de enfermidade também está sujeito a variações culturais e a contextos históricos específicos. O significado atribuído ao termo “enfermidade” acaba, assim, sofrendo fortes influências das

²⁹ Nas palavras de Casabona (2012, p. 83): *“Por mejora (enhancement) pueden entenderse las técnicas o procedimientos de mejora, perfeccionamiento o fortalecimiento, de forma permanente o temporal, de algunas características, capacidades o habilidades corporales, psico-mentales o intelectuales del ser humano nacido o por nacer, o de control de ciertos procesos biológicos, por lo general limitantes.”*

³⁰ Apenas para ilustrar algumas situações em que essa distinção causa certa perplexidade, reproduz-se indagações formuladas por alguns autores: Se eu enxerto um pedaço de aço inox em meu quadril em razão de uma osteoartrite, essa utilização terapêutica em razão de minha doença não estaria também melhorando meu corpo? (FOSTER, 2011); Como classificar a prescrição do hormônio de crescimento para crianças um pouco abaixo do padrão médio de estatura em determinada sociedade? (AÑO, 2012); Constitui terapia ou melhora um transplante de órgãos sãos em pessoas de idade avançada com o objetivo de lhe prolongar a vida? (MORÁN, 2012).

expectativas sociais, assim como das percepções individuais sobre o que é ser “normal” ou o que venha a ser “estar em um estado de normalidade”. Por isso, Rodotà adverte (2010, p.194) que o uso do termo “enfermidade” para justificar a aplicação da seleção genética pré-implantacional “*pode ter efectos imprevistos, que deberían ser atentamente valorados*”.

Deve-se considerar, portanto, que o simples apelo ao termo “terapêutico” para justificar as aplicações do DGPI, com todas as variações proposta pela classificação de Cirón (2015), não elimina os riscos de que a seleção genética seja motivada pelas pressões sociais acerca da normalidade ou ainda que o próprio discurso da biotecnociência, influenciada por interesses econômicos, como já salientado acima, torne-se um empreendimento a favor da normalização de determinadas características biológicas humanas, impulsionando o surgimento de novas “enfermidades” na tentativa de legitimar o uso de novas tecnologias³¹.

A tentativa de enquadrar as enfermidades em algum fator genético de risco aliada ao desenvolvimento e à disponibilização da tecnologia para escanear e identificar tais fatores de forma individual, assim como a influência das expectativas sociais de “normalização” da saúde, poderiam provocar fortes pressões externas sob as decisões dos futuros pais, conduzindo-os à utilização do DGPI.

Assim, a tecnologia da seleção genética embrionária poderia não conduzir à liberdade, mas à ausência real dela, tal como nos alertou Testart (1999) e como mencionado no início desse capítulo. Em determinada passagem, o autor ilustra bem essa reflexão:

No caso do DPI, podemos nos interrogar acerca da aptidão para a decisão dos futuros pais, desde que os riscos diagnosticados não pertençam a patologias de gravidade evidente. Ora, o mercado intelectual, médico e comercial da genética passa justamente pela identificação das inúmeras configurações do ADN que estão em relação mais ou menos directa com as fragilidades psicológicas ou com características anatômicas ou comportamentais. A complexidade de semelhantes informações e a sua relatividade estatística para a caracterização de um indivíduo parecem ser inconciliáveis com a qualidade do consentimento paternal e, por isso, com a liberdade de escolha para a decisão. Pode-se mesmo prognosticar que a incerteza afectará tanto mais escolhas individuais quanto a medicina genética atribuirá «fatores de risco» às populações humanas. [...] Os diagnósticos cujo significado é unicamente estatístico, ao contrário daqueles que certificam certos aspectos patológicos, possuem um forte potencial de alienação. (TESTART, 1999, p.64)

Como se extrai da própria leitura do trecho, Testart (1999) parece estar se referindo, ou

³¹ Fukayama (2003) registra o caso das drogas como Prozac e Ritalin nos Estados Unidos e o esforço empreendido por vários atores sociais além do estado, como pais, professores, sistemas escolares e grupos econômicos, para medicalizar tanto quanto possível os seus comportamentos na tentativa de expandir a esfera terapêutica para a justificação do uso dessas drogas.

mesmo prognosticando, pelo contexto de sua época, as aplicações atuais do DGPI voltadas para a seleção de embriões livres dos “riscos” de desenvolver doenças multifatoriais.

Nessas doenças, como já referido, o fator genético não cumpre função determinante e a sua manifestação dependerá de interações com o meio ambiente e a qualidade de vida do indivíduo. O recurso constante aos termos “fator de risco genético” ou “probabilidade” nesses casos tende a se mostrar como elemento de “normalização genética” das enfermidades³².

A força e o impacto dessa “normalização genética” resultante do desenvolvimento das tecnologias de seleção genética também foram estudados por Aby Lipmann que chegou a defender a tese radical da “genetização” da saúde, das enfermidades e também das políticas públicas de cuidados médicos (LIPMANN, 1994).

Analisando a prática da seleção genética por meio do diagnóstico pré-natal, Lipmann alertava que, embora essa técnica fosse comumente associada aos cuidados pré-natais nos Estados Unidos, sua oferta e recomendação médica acabaram provocando uma pressão cada vez maior sobre as gestantes, tanto para aquelas que realizavam o teste como para as que não o faziam, pois independente da decisão tomada, resta sempre a sensação de que se cometeu um terrível erro (LIPMANN, 1994).

Para a autora, os termos em que se justifica o diagnóstico genético pré-natal, como doenças, deficiências ou incapacidades humanas, não são características apenas biológicas, muito menos são características com contornos fixos definidos pela biomedicina, são na verdade, construções sociais geradas em contexto cultural de crenças, valores, interesses e atitudes. Essas construções é que acabam definindo, em determinados momentos da história, uma condição física ou psicológica específica como um problema, ou seja, como uma enfermidade (LIPMANN, 1994).

Um modelo representativo dessas construções sociais seria, segundo Lipmann, o da geneticização: os fatores genéticos passam a constituir elementos centrais na explicação das condições de saúde e de doença, de normalidade e de anormalidade. Por sua vez, os recursos intelectuais estimulados e os recursos financeiros direcionados para a busca de soluções de

³² Note que ainda nessas hipóteses a análise não pode ser reducionista, pois há uma diferença entre doenças multifatoriais graves com alto risco de penetrância (cerca de 80%) – como a câncer de mama para pessoas que apresentam mutação nos genes BRCA 1 e BRCA 2 – de doenças multifatoriais com menor risco de penetrância como doenças cardíacas, obesidade, diabetes ou mesmo doenças multifatoriais de menor gravidade como a asma. (GERMAN ETHICS COUNCIL, 2012). Tal diferenciação tem levado a alguns países como o Reino Unido, onde a prática do DGPI foi regulamentada, a autorizar o exame genético no caso de susceptibilidade ao câncer de mama com alto grau de penetrância de um dos futuros pais, levando-se em conta para tal autorização a história médica familiar, a idade de manifestação da doença em parentes, a eficácia e a dificuldade de tratamento e também a própria percepção que os requerentes do DGPI têm acerca da doença e de seus impactos na família (IDIAKEZ, 2012, p.130).

caráter “genético” para os problemas de saúde humana.

Weiner *et al.*(2017, pp.2-3), em pesquisa mais recente acerca da presença da geneticização no discurso biomédico, sintetizam o pensamento de Lipmann nas seguintes teses centrais: 1) a genética está se tornando um discurso dominante; 2) o discurso genético é reducionista e determinista; 3) a sociedade está se tornando cada vez mais estratificada em torno de características genéticas; 4) a geneticização afeta nossas práticas em medicina terapêutica, nossos valores e nossa atitudes; 5) o discurso genético sugere que a pesquisa genética é um imperativo para o avanço da medicina no futuro e 6) a geneticização reflete o poder dos geneticistas para identificar e classificar os problemas de saúde.

Seguindo as ideias de Lipmann, Novas e Rose (APUD Weiner *et al.*, 2017) discordam que as tecnologias de matrizes genéticas estejam assegurando aos pacientes mais controle sobre sua saúde e que tenham contribuído para lhes assegurar mais liberdade na definição das estratégias de vida a seguir. Para esses autores, a geneticização subjacente a tais práticas implica em uma sujeição e controle dos indivíduos e grupos.

Weiner *et al.* (2017) realizaram um extenso trabalho de revisão bibliográfica sobre a geneticização que envolveu, em síntese, as reinterpretações do conceito na literatura, o nível de comprovação empírica das teses elencadas por Lipmann e a presença de traços da geneticização no discurso e na prática clínica. A conclusão a que chegaram os autores é que até o presente momento muito pouco das teses originais e extremistas de Lipmann puderam ser comprovadas.

Na verdade, o que esses autores verificaram foi que : 1) o discurso genético apenas se tornou parcialmente dominante no laboratório; 2) o determinismo genético simplista e reducionista para a caracterização e desenvolvimento das doenças foi substituído pelo discurso da complexidade (interação entre elementos múltiplos e nem sempre uniformes causadores das enfermidades); 3) a sociedade não se tornou dividida em classes de acordo com seus genes e que 4) o conhecimento genético tem tido um limitado impacto na predição de enfermidades comuns e os geneticistas têm relativamente pouco poder em redefinir os problemas de saúde (WEINER *et al.*, 2017).

Apesar da tese de geneticização baseada em um modelo linear acerca do papel dos genes na determinação de doenças ter sido superada, muitas das expectativas e promessas de que a genética e a genômica poderiam transformar a saúde e o cuidado em saúde permanecem intactas, especialmente no discurso científico e nas representações midiáticas (WEINER *et al.*, 2017).

Os autores identificam que persiste pelo menos nos últimos vinte anos uma narrativa de valorização da ciência e da tecnologia na área da biomedicina e de seus efeitos positivos na sociedade e seu papel decisivo no controle de doenças. O pano de fundo dessa narrativa seria um imaginário genético, o qual menos reducionista do que o cenário de geneticização, ainda é construído com noções de supervalorização dos genes na determinação das enfermidades e de profundo otimismo na biotecnociência na melhoria da qualidade da saúde e vida humana.

Embora as ideias integrantes desse imaginário social sejam de difícil verificação prática – a maioria das doenças tem mais elementos multifatoriais do que apenas genéticos, assim como a constatação de que a biotecnologia gera também riscos e perigos para a sociedade como um todo – elas permanecem ao nível do discurso, alinhadas a poderosos interesses políticos e econômicos³³ (WEINER *et al.*, 2017).

Pelo exposto, conclui-se que a tese de Testart sobre a eliminação da liberdade fática dos futuros pais ao se permitir a utilização da técnica do DGPI assim como a tese complementar de Lipmann sobre a geneticização, embora representem, em seus cernes generalizantes, expressões reducionistas e extremistas do fenômeno biotecnológico, introduzem uma perspectiva crítica essencial à análise da justificação e aceitação das técnicas de seleção genética embrionária.

Ambas as teses não conseguem dar conta da complexidade da realidade que estão debruçadas, mas respondem adequadamente a parte dela. A crítica de Testart e de Lipmann à construção social do termo enfermidade parece se aplicar à ampliação do DGPI para fins de seleção em razão de doenças multifatoriais e à medida que, para esses casos, aumenta-se a oferta dos serviços oferecidos pelo DGPI, cresce a pressão social e econômica para realizá-la.

Nesse aspecto, não há como se afastar o risco de que o mercado genético possa de fato reduzir e não ampliar os espaços de escolhas para os futuros pais.

Os temas desenvolvidos nesse tópico tiveram como objetivo destacar a complexidade que envolve a prática da seleção genética embrionária ao nível pré-implantacional. A complexidade está presente não apenas nas aplicações e motivações clínicas para o uso do PGS e do DGPI – as quais tornam difícil e problemática, inclusive, a classificação entre utilização “terapêutica” e “não terapêutica” –, mas também se manifesta na interação dinâmica entre a prática da seleção genética, as expectativas sociais de padrões de

³³ Por sua ênfase no aspecto da constituição genética individual e pela noção de que os problemas de saúde são problemas internos e individuais, o imaginário genético serve, por exemplo, ao Estado, às grandes indústrias farmacêuticas ou aos profissionais da área que oferecem produtos e intervenções tecnológicas de todo o tipo que acabam por ocultar as causas e o tratamento das determinantes sociais das enfermidades. (WEINER *et al.*, 2017, p.12)

normalidade e os interesses econômicos de quem oferece os serviços e os produtos relativos à seleção genética.

As técnicas de PGS e do DGPI se situam naquela dinâmica contraditória e complementar entre “esperanças, riscos e medos” a que se referia anteriormente. De um lado, o PGS com o escopo de garantir a reprodução bem sucedida e o próprio êxito da gestação e o DGPI com o objetivo primário de evitar que o casal ou a pessoa com sérios condicionamentos genéticos transmita à descendência doença grave e fatal; de outro, o DGPI para finalidades designadas “não terapêuticas” ou “perfeccionistas”.

Nesse último viés, o DGPI pode se prestar à seleção de sexo por motivos sociais, culturais, econômicos (e até mesmo preferenciais, como a busca pelo balanceamento familiar-diversidade de sexo entre os filhos), pode ser utilizado para reduzir a probabilidade, limitar ou impedir o aparecimento de enfermidades curáveis e menos graves ou qualquer tipo de deficiência, como também, no futuro - tão logo a tecnologia permita – poderá servir para escolher determinados tipos ideais de fenótipos do futuro filho (como cor da pele, dos olhos, altura).

O panorama complexo em torno da seleção genética pré-implantacional contribui para dificultar a elaboração de respostas simples e generalistas em termos de validade moral ou ética a respeito dessa prática, assim como para a formulação de juízos em termos de lícito ou ilícito no campo do direito.

Não obstante tais dificuldades, vários autores empreenderam seus esforços no sentido de condenar completamente a seleção genética embrionária; outros atuaram em defesa fervorosa da ampla e irrestrita liberdade dos futuros pais para recorrerem a tal prática e ainda alguns, mais ousadamente, manifestaram-se pela exigência do dever moral da seleção genética para garantir aos filhos a melhor vida possível.

O tópico que se segue se dedicará a expor algumas dessas propostas e, por conseguinte, a identificar se, não obstante a solidez das teorias e dos argumentos propostos pelos autores, as perspectivas assumidas não acabam de fato desconsiderando aspectos fundamentais para admissibilidade jurídica da seleção genética pré-implantacional.

1.3 Da proibição da seleção genética embrionária ao dever de selecionar as características que garantam “a melhor vida possível”

A discussão em torno da admissibilidade ética e jurídica da seleção genética pré-implantacional é ampla e diversas obras, incluindo artigos científicos, foram encontrados

durante o levantamento bibliográfica da pesquisa³⁴. Procurou-se selecionar, embora nem sempre tenha sido possível, autores que apresentam uma abordagem não apenas filosófica acerca do tema, mas, sobretudo jurídica. Para facilitar a exposição das teses, a análise está dividida de acordo com os fundamentos filosóficos a que se filiam seus autores.

Assim, foi possível agrupar as propostas de alguns autores da seguinte forma: proposta personalista (Jesús Ballesteros), proposta discursiva (Jürgen Habermas), proposta liberal (Ronald Dworkin), proposta utilitarista (Julian Savulescu) e a proposta transhumanista (Nick Bostrom).

A proposta personalista de Jesús Ballesteros rejeita completamente a prática da seleção genética embrionária. Para Ballesteros (2001), qualquer prática seletiva seria discriminatória quanto ao embrião descartado já que ela produz:

*[...] una jerarquización de los seres humanos que subordina la protección del embrión al reconocimiento por los adultos. Habría aquí un signo inequívoco de una concepción voluntarista que atribuye plenos derechos al que es capaz de hacer **demandas solventes** según el orden del mercado, y niega los derechos a quien sólo tiene **necesidades** que **no puede defender** por sí mismo, lo que implica una falta de respeto a los más débiles.*
(BALLESTEROS, 2001, p. 226)

O autor defende um estatuto de proteção do embrião que se fundamenta em três aspectos: aspectos científicos, filosóficos e jurídicos. Ballesteros (2001, p.218) afirma que a embriologia moderna e o conhecimento advindo da genética comprovaram claramente que “*el embrión humano es desde el primer instante de su desarrollo “un individuo de la especie humana”, una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de células y tejidos que constituyen la madre*”.

O embrião, desde essa perspectiva, deve ser considerado um ser (indivíduo) humano diferenciado de qualquer outro desde o momento da fecundação não importando se esta ocorreu de forma natural ou artificial e se o embrião se encontra no útero ou *in vitro*.

³⁴ Conferir, por exemplo, a favor da ampla admissão da seleção genética embrionária: BARUCH, Susannah. Preimplantation Genetic Diagnosis and parental preferences. **Houston Journal of Health Law & Policy**, n.2, v.17, 2009, p. 245-270, SPARROW, Robert. Imposing Genetic Diversity. **The American Journal of Bioethics**, Volume 15, Number 6, 2015, p. 2–10, CHEN, Stephanie C and WASSERMAN, David T. A Framework for Unrestrict Prenatal Whole-Genome Sequencing: respecting and enhancing the Autonomy of Prospective Parents. **The American Journal of Bioethics**, Volume 17, Number 1, p.3-18, 2016, FENTON, Elizabeth. Liberal Eugenics, Human Nature, Against Habermas. **Hasting Center Report**, volume 36, number 6, 2006, p 35-46, FRIAS, Lincon Thadeu Gouvêa de. A moralidade do descarte e da seleção de embriões. **Revista de Educação e Filosofia Uberlândia**, v. 26, n. 51, p. 207-230, jan./jun. 2012 e, em sentido contrário, manifestando-se pela proibição absoluta da seleção genética embrionária: SPAEMANN, Robert. La inviolabilidad de la vida humana. **Anuario Filosófico**, volumen 21, 1994, p. 69-87, KACZOR, Christopher. **A defense of Dignity. Creating life, destroying life and protecting the rights of conscience**. University of Notre Dame Press: Notre Dame, 2013, SCHIOVONE, Karen E. Playing the odds or playing God? Limiting Parental Ability to create disable children through preimplantation diagnosis. **Albany Law Review**, Volume 73, Number 1, p. 283-328, 2009.

Sob o aspecto filosófico, Ballesteros (2001, p.221) critica duramente as concepções que fazem diferença entre vida biológica e vida pessoal ou entre ser humano e pessoa. Para o autor, esse dualismo entre o corpo e razão humana apenas contribui para se excluir certos indivíduos humanos da categoria de pessoas e, com isso, rebaixar seu *status* moral e jurídico.

Refere-se principalmente à doutrina de Engelhardt Jr. (1974) que só considera pessoa moral aqueles seres humanos dotados de características atuais como autoconsciência e autodeterminação que lhes permitem realizar determinadas funções, excluídos dessa categoria e destituídos de dignidade e de direitos estariam “*los seres no autoconscientes de la especie homo sapiens, como los embriones, fetos, niños pequenos, comatosos, descerebrados.*” (BALLESTEROS, 2003, p.34)

Também se posiciona contra a doutrina de Peter Singer (1994), para quem o critério decisivo para ser pessoa e titular de direitos é o sofrimento e/ou o prazer e como tal o embrião enquanto não for capaz de experimentar a dor, não pode ter um *status* superior ao de vários primatas, como chimpanzés e gorilas.

Para evitar as conclusões a que chegam esses autores, defende que todo ser humano é pessoa, não importando suas qualidades, capacidades ou seu estado de saúde, e o embrião, enquanto ser humano, assim também deve ser considerado e respeitado.

Se o embrião (ainda que se encontre em estágio de zigoto) é um indivíduo humano e pessoa moral, também deve ter reconhecida sua personalidade jurídica e, como sujeito de direito, tem direito à vida e ao ambiente adequado para se desenvolver (direito ao útero), assim como o direito de ser resultado do encontro entre sua mãe e seu pai (BALLESTEROS, 2001).

Considera, assim, que “*el embrión pierde su condición de sujeto cuando se establece con la FIV que existe el derecho al hijo, que son lícitos todos los procedimientos para luchar contra la infertilidad.*” (BALLESTEROS, 2001, p. 226). Além disso, o processo de fertilização *in vitro* produziria, segundo o autor, efeitos claramente eugênicos já que todo o processo é voltado para evitar que surjam os defeituosos; a FIV não permitiria, portanto, o anormal.

A crítica do autor parece se dirigir contra a própria tecnologia de reprodução assistida e os efeitos que ela provoca nas relações de família e de filiação. Em sua obra “Identidade pessoal e técnicas de reprodução assistida” (2000), considera tais procedimentos como fruto de uma pós-modernidade decadente:

En este ambiente surgen las técnicas de reproducción asistida como manifestación de la medicina del deseo, de la medicina clientelar. Las nuevas tecnologías de la reproducción suponen en cierta medida una regresión a las formas de reproducción anteriores a la sexualidad, lo que supone la generalización del incesto, a través de la afirmación del deseo de omnipotencia infantil del adulto, y desconocen igualmente el sentido de la filiación, lo que conduce a la desintegración de la subjetividad. (BALLESTEROS, 2000, p.144)

Em outra passagem, reforça seu posicionamento acerca da reprodução assistida afirmando que essa tecnologia se insere em um contexto de negação da identidade pessoal do embrião no qual:

Se rechaza el sexo reproductivo, la unión monogâmica, a la que se considera equivalente interpersonal de la cadena de montaje industrial, y se sublima el amor «perverso y polimorfo en el que la mezcla de los cuerpos supera los límites del propio yo» (BALLESTEROS, 2000, p.146)

Nesse sentido, Ballesteros parece desconsiderar ou considera de forma negativa as profundas mudanças sociais e jurídicas pelas quais passaram as relações familiares. Como afirmam Sá e Teixeira (2005), as transformações no interior da família acompanham o contexto histórico e cultural em que ela está inserida, afetando significativamente a forma de pela qual as pessoas decidem permanecer unidas, a concepção e a educação dos filhos, bem como os papéis atribuídos a cada um dos seus integrantes. Nesse sentido, as autoras destacam que:

A procriação desvinculou-se do casamento, com o advento de métodos anticoncepcionais, o que possibilitou o sexo recreativo, sem sua funcionalização à reprodução. A valorização da afetividade no interior da família provocou sua descaracterização como um núcleo econômico. (SÁ E TEIXEIRA, 2005, p.28)

Tais mudanças, numa dinâmica dialógica com o contexto político, promovem alterações nos ordenamentos jurídicos que passaram assimilar as mudanças ocorridas no interior das relações sociais, substituindo a concepção de família enquanto instituição padrão de um modelo a ser seguido a todo custo, por uma concepção em que a família é vista como um ambiente de promoção ao desenvolvimento da personalidade de seus membros (SÁ E TEIXEIRA, 2005).

A procriação, assim, é deslocada de seu papel representativo dominante – o de obrigação conjugal - para se constituir muitas vezes em um projeto pessoal de construção de identidades parentais. E as técnicas de reprodução assistida surgem no contexto de viabilizar esse projeto para pessoas com problemas de infertilidade ou mesmo para aquelas que, por

circunstâncias adversas, não conseguem realizar esse projeto de forma natural (SÁ E TEIXEIRA, 2005).

Se é possível admitir com Ballesteros que as técnicas de reprodução assistida incorpora seus riscos (como a testagem de embriões para selecionar da “qualidade da prole”), também não podem ser desconsiderados seus benefícios, ao menos em culturas ocidentais democráticas, em que o constituir descendência, inclusive a biológica, passa a ser visto como um elemento de escolha.

Além de desconsiderar tais fatores, o autor também toca em um ponto central, mas bastante polêmico presente nas discussões morais e jurídicas acerca do status do embrião humano, notadamente do embrião *in vitro*.

A proposta de dotar o embrião *in vitro* de personalidade nos parece problemática nos três eixos abordados pelo autor: científico, filosófico e jurídico. Nas três searas, existem controvérsias intensas que dificultam essa tomada de posição e qualquer que seja o caminho apontado, sem análise de seus impactos para a construção de uma sociedade democrática e livre e ainda sem a discussão sobre os limites da política e do direito sobre a complexa teia da vida a qual, em alguns espaços deve se manter dentro da esfera do não direito, pode significar aquilo que Rodotà denominou de imposição da verdade por meio de normas jurídicas e, nesses casos, o direito serviria mais enquanto instrumento de dominação e subjugação das personalidades do que enquanto mecanismo de garantia do livre desenvolvimento dessas mesmas personalidades (RODOTÀ, 2010).

Embora Ballesteros tenha mencionado que a biologia e a genética atuais reconheçam definitivamente a existência de um ser humano individual e diferenciado, a verdade é que não há unanimidade, nem clareza científica determinante de uma evidência única acerca do início da vida humana (CESARINO, 2007).

Como registra Cesarino (2007), os próprios cientistas não têm a preocupação fundamental de estabelecer o início da vida humana individual: a biologia não indica quando uma linha deve ser traçada, quem deve fazê-lo é a legislação. Por outro lado, os cientistas são chamados a apresentar suas razões em debates públicos em torno da regulamentação de suas atividades de pesquisa e, assim, “são forçados a introduzir um marco discreto no processo contínuo que é a vida biológica.” (CESARINO, 2007, p. 364) Daí, a constatação de uma diversidade de definições biológicas sobre o início da vida humana.

Pesquisando as teses científicas encontradas no debate acerca da pesquisa com células tronco embrionárias, a autora registrou pelos menos cinco grandes definições apresentadas por cientistas nos debates públicos: 1) a tese genética, pela qual a vida está presente desde a

fecundação do óvulo pelo espermatozoide haja vista a presença de uma estrutura celular com código genético próprio; 2) a tese embriológica, segundo a qual a vida só tem início por volta do 14º dia após a fecundação, momento em que terá ocorrido a nidação e o aparecimento da linha primitiva que dá origem à coluna vertebral; 3) a tese neurológica, com duas ramificações: a primeira entendendo que a vida já estaria presente por volta da 8ª semana, momento em que aparecem as primeiras estruturas do sistema nervoso central, e a segunda, compreendendo que somente quando se completa o sistema nervoso central por volta da 20ª semana da gestação é que se poderia falar em ser humano com vida; 4) a tese ecológica, quando o feto apresenta a formação da última estrutura vital, os pulmões, com capacidade potencial para sobreviver fora do útero materno e ainda 5) a tese gradualista, pela qual a vida não tem um momento inicial definido, ela supõe um processo biológico contínuo que se inicia ainda com a vida presente nas células dos gametas dos pais ou mesmo dos avós. (CESARINO, 2007).

Como ressalta Acero (2010, p.861), a diversidade de concepções científicas assim como a escolha por uma delas está relacionada com as diversas posições adotadas pelos atores sociais acerca do início da vida humana, refletindo, assim, “diversas ‘epistemologias cívicas’ da cultura em que se desenvolve o debate”.

Outro ponto a se destacar é que as definições acerca do início da vida humana advindas de percepções “científicas” não seriam mais válidas ou menos triviais do que as concepções filosóficas e religiosas contrárias. A dissensão científica e moral se dá em nível tão alto que, toda tentativa de traçar um ponto unívoco moralmente relevante entre a fecundação e o nascimento para demarcar a existência do ser humano, pode parecer algo arbitrário (HABERMAS, 2004).

Assim, considerando a diversidade de concepções científicas sobre o início da vida humana, não seria razoável afirmar que a ciência é clara em definir tal marco. Além disso, como adverte Mori (1997), qualquer que seja a posição científica adotada acerca da vida humana biológica, não se pode alinhar automaticamente a esta o conceito de pessoa porque este não é inerente à ciência natural, mas um conceito filosófico e, acrescente-se, jurídico.

Ao sublinhar a importância de designar ao embrião *in vitro* o status de pessoa, Ballesteros pretende se opor fundamentalmente às posições minoritárias e radicais, como a de Engelhardt Jr. (1974) e Singer (1994), as quais negam a condição pessoal a todos os seres humanos nascidos, condicionando-a apenas àqueles que apresentem características específicas, como a autoconsciência, a capacidade para se autodeterminar ou de sentir dor.

Contudo, como afirma Rocha (BRASIL, ADI 3510), há certo consenso no mundo ocidental, consagrado, inclusive nos documentos internacionais de direitos humanos, de que todos os seres humanos nascidos são, não importando suas diferenças ou condições particulares, qualidades ou habilidades, além de pessoas morais, sujeitos de direitos dotados de personalidade jurídica.

Vale a pena salientar também que negar a condição de pessoa ao embrião *in vitro* não significa destituir-lhe de valor moral ou de proteção jurídica, equiparando-o à coisa ou propriedade de alguém. Para Mori (1997), a insistência na pessoalidade do embrião pressupõe que somente as pessoas merecem respeito e tutela, o que não é verdade já que, por exemplo, também se protege e luta-se pela preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural.

Como desenvolve Dworkin (2009), muitas situações na vida mostram que existem objetos que são valiosos a despeito de sua utilidade ou do desejo ou interesse de alguém em obtê-las. A arte, a natureza, o conhecimento, a experiência parecem ser bens valiosos independente da utilidade, do prazer ou da satisfação que proporcionam.

A vida humana, presente na fase embriológica ou fetal, também é um bem valioso ou em outras palavras, representa um valor intrínseco (DWORKIN, 2009), sendo assim considerada importante só pelo fato de existir, não porque é útil ou desejável (valores instrumentais)³⁵.

Do mesmo modo se posiciona Habermas (2004) quando analisa os polos opostos do debate acerca do início da vida humana, de um lado os que defendem que o embrião é apenas um amontoado de células, de outro os que defendem que desde a fertilização já existe um indivíduo da espécie humana:

Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como 'indisponível', ainda que não receba o *status* de um sujeito de direitos, que, nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. 'Indisponível' não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser 'intangível' no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da dignidade humana, conforme artigo 1º da Constituição). (HABERMAS, 2004, p.44)

³⁵ Mais adiante se verá que essa posição de Dworkin sobre o valor intrínseco da vida humana aplica-se apenas ao embrião ou feto já implantado no útero materno, não se estendendo ao embrião em fase pré-implantacional, o que será um ponto a ser discutido em sua proposta.

A vida humana seria, assim, um bem a ser protegido, dotada de ‘dignidade’ e merecedora de respeito (HABERMAS, 2004), ainda que a intensidade de sua proteção de acordo com seu grau de desenvolvimento possa ser objeto de profundas divergências.

No âmbito especificamente jurídico, a personalidade atribuída ao embrião *in vitro* traz uma série de inconvenientes como já ressaltados por Meirelles (2004). Se a personalidade lhe for atribuída tal como a teoria da personalidade condicional, o embrião pré-implantado seria um titular de direitos sujeito a condição – de eficácia suspensiva (implantação no útero) ou resolutiva (não implantação). Dessa forma, a aquisição de direitos estaria subordinada à vontade daqueles que decidissem transferir ou não o embrião para o útero – como a paciente, o casal, o médico (MEIRELLES, 2004).

Outra questão problemática seria a tentativa de se obter vantagens patrimoniais com a implantação do embrião no útero tal como a eventual gestação para fins de reconhecimento de sua capacidade sucessória ou a aquisição de direitos decorrente de transmissão *inter vivos* de bens a título gratuito. Ressalta ainda a impossibilidade do embrião *in vitro* ter direito a indenizações decorrentes de danos sofridos pelos titulares dos respectivos gametas (MEIRELLES, 2004).

No sentido de afastar o estatuto jurídico da pessoa ao embrião *in vitro*, arremata a autora:

Desnecessário, portanto, caracterizar-se o embrião humano *in vitro* como sujeito de direito, titular de direito subjetivo, com a finalidade de protegê-lo. Aliás, tal caracterização consiste em árdua tarefa, à medida que sua existência fática não corresponde à realidade que informou as codificações do período clássico. (MEIRELLES, 2004, p. 169)

Dessa forma, contrariando o temor de Ballesteros em relação à total desproteção do embrião humano na ausência de sua condição de pessoa, os autores citados apontam outros caminhos para o enquadramento da proteção moral e jurídica do embrião, inclusive alguns deles, por argumentos diversos, chegam à conclusão semelhante de Ballesteros quanto à inadmissibilidade da seleção genética embrionária³⁶.

É o caso de Habermas (2004) que mesmo desconsiderando a titularidade de direitos por parte do embrião *in vitro*, desenvolve uma proposta ‘discursiva’ para analisar a seleção

³⁶ Para Meirelles, por exemplo, embora o embrião *in vitro* não seja pessoa, nem nascituro, nem prole eventual, por ser o primeiro estágio de vida do ser humano merece ser protegido pela cláusula da dignidade humana, como bem de titularidade coletiva ou difusa, pelo qual se exige respeito em face dos procedimentos de reprodução assistida, de manipulações genéticas, e de práticas de seleção genética embrionária que devem ser proibidas (MEIRELLES, 2004)

genética que o leva a sinalizar por sua inadmissibilidade, como podemos extrair do trecho seguinte:

Duas coisas nos impedem de legalizar o DGPI: a geração de embriões mediante ressalva e a própria forma dessa ressalva. Provocar uma situação em que eventualmente nos desfazemos de um embrião doente é tão questionável quanto à seleção a partir de critérios estabelecidos de forma unilateral. [...] o fato de realizarmos para outrem uma distinção com sérias consequências entre a vida digna de ser vivida e a não digna ainda permanece inquietante. (HABERMAS, 2004, pp.94-95)³⁷

A posição do autor se fundamenta em dois pilares; de um lado, a vida humana embrionária e pré-pessoal exige proteção por meio da cláusula da dignidade (dignidade da vida humana) em face das novas biotecnologias. De outro, as novas técnicas de seleção genética ameaçam não apenas a autoconsciência da futura pessoa como agente autônomo e sujeito de sua própria história, mas também poderão alterar a própria autocompreensão ética da espécie humana, ou seja, a compreensão que temos a respeito de nós mesmos como autores de nossas próprias vidas e como membros iguais da comunidade moral. Passaremos a expor, assim, os fundamentos das duas teses: a da dignidade da vida humana e a tese da autocompreensão ética da espécie.

Habermas entende que a controvérsia moral acerca do início da vida humana – notadamente o embate entre concepcionistas e natalistas – impede que se estabeleça uma estipulação unívoca a favor de uma ou de outra concepção. Em sociedades pluralistas e democráticas, somente “as proposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é igualmente bom para todos pode ter a pretensão de ser aceitáveis para todos por boas razões.” (HABERMAS, 2004, p.46). Nesse sentido, a discussão sobre a proteção moral da vida humana deve partir da ideia amplamente aceita acerca de sua “sacralidade” antes mesmo do nascimento, no sentido de atribuir-lhe um valor intrínseco, um fim em si mesmo, embora a intensidade normativa de sua proteção seja reconhecidamente objeto de grandes discussões.

Embriões ou fetos não são pessoas titulares de direitos e deveres porque pessoas são os membros de uma comunidade moral que podem impor mutuamente obrigações morais e

³⁷ Essa posição é ratificada no posfácio, onde o autor reproduz argumentos semelhantes, inclusive quanto ao uso do DGPI para prevenir doenças graves: “Os pais podem pretender que se tome, por precaução, uma decisão no interesse da criança ainda não nascida, para poupá-la de uma existência sobrecarregada por uma deficiência insuportável ou até torturante. Com essa descrição, a proteção da vida do embrião é, de certa forma, limitada pela antecipação do não por parte da própria pessoa não nascida. A essa autocompreensão subjaz uma atitude clínica- e de alguma forma uma atitude que vise à otimização. Mas será que essa pretensão clínica se concilia com a distinção imposta de maneira unilateral e- diferentemente da eugenia negativa – irrevogável entre uma vida que ‘vale a pena ser vivida’ e outra que não vale? Por um acaso essa pretensão não permanece sempre marcada pela ambiguidade de um pretexto altruísta para o egocentrismo de um desejo condicionado de antemão/ Embora haja outras alternativas, precisamos ter um filho próprio, mas este só deve vir ao mundo se corresponder a determinados critérios de qualidade.” (HABERMAS, 2004, p.131-132)

esperar que os outros se comportem como exigido, são membros que “dirigem uns aos outros ordens e proibições intersubjetivamente.” (HABERMAS, 2004, p.47)

O nascimento, ao desfazer a simbiose do organismo com a mãe, introduz o indivíduo na interação de um mundo da vida compartilhado de forma intersubjetiva, lança-o no contato da comunidade linguística, transformando o ser biológico em pessoa, em um “outro”, com quem se pode falar e que pode aprender através da linguagem.

Antes do nascimento, contudo, já ocorre uma pré-socialização: os pais falam *sobre a criança* e se comunicam com o ser em desenvolvimento ainda no útero. Já existem deveres morais e jurídicos a serem considerados em relação à vida pré-pessoal: “antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres e um portador de direitos humanos.” (HABERMAS, 2004, p.50).

Diferencia, assim, a dignidade humana – pertencente a todas as pessoas, manifesta na capacidade de participação e interação na comunidade linguística³⁸, cuja garantia da intangibilidade jurídica deve assegurar o “reconhecimento recíproco e relacionamento igualitário entre as pessoas” – da dignidade da vida humana, configurada no profundo respeito pela vida pré-pessoal em formação e pela exigência de sua indisponibilidade (HABERMAS, 2004, p.51).

Habermas admite que tal indisponibilidade não requer proteção absoluta da vida embrionária ou pré-pessoal, mas impede que a vida humana em fase de formação seja tratada como um bem disponível no mercado ou sujeito à concorrência. Em determinada passagem assume que a dignidade da vida humana, em princípio, não pode ser oposta a toda intervenção genética, mas apenas àquelas formas em que o ser concebido é instrumentalizado como objeto de desejos e preferências unilaterais de seus futuros pais.

Nas intervenções genéticas denominadas de caráter “terapêutico”, o embrião poderia ser considerado como segunda pessoa que um dia virá a ser e se poderia trabalhar com a hipótese de um suposto consentimento para os casos de prevenção de males extremos, evitando-se, assim, a lógica instrumentalizadora. Contudo, quando a seleção genética é realizada apenas com o objetivo de satisfazer a vontade dos pais, seja em razão de preferências pessoais seja

³⁸ É importante destacar que para Habermas o marco inicial para a aquisição da personalidade moral e jurídica, é o nascimento. Por isso, diferentemente de Engenhardt Jr., não restringe a condição de pessoa àqueles seres humanos que de fato são dotados de certos atributos ou qualidades, como autoconsciência e autodeterminação atuais. Independente da forma em que se pode efetivamente viver, com ou sem participação autodeterminada, todos já nascem com a disposição para ser pessoas. Em suas palavras: “O dom para a razão significa que o nascimento, enquanto inserção no mundo social, marca também o momento a partir do qual a disposição para ser pessoa pode se realizar, independente das formas em que isso pode acontecer. O paciente em coma também participa dessa forma de vida.”(HABERMAS, 2004, p.49, nota de rodapé n.28)

por motivos de aperfeiçoamento ou melhoramento da prole, o embrião deixa de ser considerada como futura segunda pessoa, não seria mais possível pressupor seu consentimento e a vida humana é convertida em objeto de apropriação pelos futuros pais (HABERMAS, 2004).

O principal argumento de Habermas contra a seleção genética unilateral – como denomina a seleção cujo objetivo não é evitar a transmissão de doenças – é desenvolvido a partir da associação entre dignidade da vida humana e a autocompreensão ética da espécie (forma como cada pessoa se identifica como tal e se distingue dos demais seres vivos). O modo de lidar com a vida humana pré-pessoal, especialmente quando se permite que ela seja condicionada pela seleção genética, pode afetar a compreensão de que somos pessoas que determinam sua própria vida e que escrevem sua história livremente.

O nascimento representa, na visão do autor, um marco zero entre a natureza e a cultura, entre o que me foi dado e o que eu posso fazer a partir de então. Deve representar um começo indisponível para todos, pois só assim, as pessoas se sentirão igualmente responsáveis na construção de sua identidade.

Nesse sentido, a seleção genética unilateral pode ter consequências para a condução autônoma da vida da futura pessoa, restringindo-lhe a liberdade para traçar seu próprio plano de vida e à medida que o indivíduo cresce e toma ciência do projeto que os pais traçaram na seleção do genoma, poderá deixar de se ver como pessoa que constrói sua própria história. Isso pode acontecer, nas palavras do autor:

Pois, ao decidir sobre seu programa genético, os pais formulam intenções que mais tarde se converterão em expectativas em relação ao filho, sem, contudo, conceder ao seu destinatário, o filho, a possibilidade de uma *reconsideração*. [...] Os pais tomaram a decisão sem supor um consenso e somente em função de suas próprias preferências, como se dispusessem de uma coisa. Como, porém, essa coisa se torna pessoa, a intervenção egocêntrica assume o sentido de uma ação comunicativa, que poderia ter consequências existenciais para o ser em crescimento. [...] Pois, em seu papel de programadores, os pais não tinham de forma alguma como entrar na dimensão da história de vida em que mais tarde eles então irão se encontrar com o filho, na qualidade de autores das requisições. (HABERMAS, 2004, p.71)

Assim, o estabelecimento de um projeto genômico antes do nascimento, pelo fato de ser irreversível, retira a possibilidade de a futura pessoa reconsiderar ou revisar seus impactos em seu comportamento ou em sua própria identidade, tal como poderia fazer com o resultado do processo de socialização implementado pelos pais durante a infância, gerando, assim, uma relação assimétrica permanente e de dependência irreversível da pessoa em relação aos pais (HABERMAS, 2004).

No plano jurídico, propõe que a aplicação da dignidade da vida humana, sem dotar o embrião de titularidade subjetiva, seja dada pela ‘eficácia horizontal’ dos direitos fundamentais, cuja consequência é constituir tais direitos em uma ordem jurídica objetiva de valores, impondo ao Estado deveres de proteção da vida embrionária. Além disso, pela relação que a indisponibilidade dos fundamentos biológicos do indivíduo tem para a formação de sua identidade pessoal também menciona a necessidade de se conferir a proteção jurídica por meio de um direito fundamental à herança genética não manipulada (HABERMAS, 2004).

Pelo exposto, espera-se que a conclusão do autor se dirija à inadmissibilidade da seleção genética unilateral e, excepcionalmente, admita a seleção por motivo de prevenção de doenças graves.

Contudo, como já ressaltado no início, Habermas acaba por defender uma indisponibilidade absoluta do patrimônio genético do embrião. Embora tenha admitido uma proteção gradual da vida humana embrionária ao longo do texto – afastando em tese a indisponibilidade absoluta – conclui que “se no momento da intervenção genética não é adotado nenhum direito à proteção incondicional da vida ou da integridade física do embrião, o argumento do efeito horizontal não encontra nenhuma aplicação direta.” (HABERMAS, 2004, p.107).

Ocorre que o argumento de que a aplicação do efeito horizontal do direito à vida só faria sentido se for conferida uma proteção absoluta e incondicional em face da seleção genética embrionária não procede. A denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na qual se insere a eficácia horizontal referida por Habermas, não confere, assim como nem mesmo a perspectiva subjetiva, proteção absoluta a um direito fundamental.

Como esclarece Alexy (2002), a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como princípios jurídicos de alto nível de abstração, sem titular subjetivo, sem destinatário ou obrigado e sem especificações de seu conteúdo. Nesse contexto, uma norma do tipo “a vida humana deve ser respeitada” poderia ser formulada como um princípio objetivo que se irradiaria sobre todos os âmbitos do direito positivo, dirigindo-se não apenas ao poder público, mas também a toda comunidade.

O conteúdo e a intensidade dessa proteção, entretanto, não estão definidos, pois somente tendo em vista outros princípios materiais mais concretos e subjetivos, além de princípios formais envolvidos é que se poderia determinar qual proteção seria devida, ou seja, como frisa Alexy, seria necessária uma ponderação.

Assim, não caberia entender a indisponibilidade do direito à vida como sendo característica de direito absoluto, embora se devam aduzir razões e princípios suficientemente fortes para se estabelecer restrições a esse direito (SARLET, 2014). Como afirma o próprio Habermas (2004, p.61), nas intervenções genéticas de suposto caráter “terapêutico”, o embrião pode ser considerado “como segunda pessoa que um dia será” e um suposto consenso “pode ser evocado em caso de prevenção de um mal indubitavelmente extremo, que, como é de se esperar, é rejeitado por todos”.

A mudança de perspectiva se deu em razão dos argumentos introduzidos posteriormente para rejeitar qualquer regulamentação do DGPI: “provocar uma situação em que eventualmente nos desfazemos de um embrião doente é tão questionável quanto a seleção a partir de critérios estabelecidos de forma unilateral.” (HABERMAS, 2004, p.94)

Dessa forma, Habermas não avalia o impacto das diferentes aplicações da seleção genética pré-implantacional, não diferencia entre DGPI e PGS, nem a seleção por motivos de prevenção de doenças monogênicas graves de manifestação precoce das doenças multifatoriais menos graves. Embora sua proposta seja elaborada a partir de sua teoria do discurso, também não incorpora os argumentos em defesa da liberdade reprodutiva dos pais e sua relação com a construção da identidade parental³⁹.

Além disso, sua proposta de utilização de um possível consenso obtido *a posteriori* pela futura pessoa como critério, em princípio, legitimador das intervenções em razão da saúde do embrião, não elimina por si só a legitimidade das intervenções para aperfeiçoamento –, tais como aquelas voltadas para prevenir doenças multifatoriais ou deficiências menos graves ou ainda, quando tecnicamente possível, aquelas que potencializem uma melhor memória ou maior índice de inteligência –, pois também nessas hipóteses se poderia supor que a futura pessoa consentiria com a decisão tomada pelos pais (SCOTT, 2007).

Apesar de todas as reservas que se pode fazer à teoria habermasiana, o autor propõe pontos de reflexão que as propostas em defesa da ampla admissibilidade das práticas de seleção genética pré-implantacional desconsideram: a importância da proteção objetiva da vida humana embrionária (e sua possível instrumentalização), assim como os impactos que o

³⁹ Em verdade, o autor afasta o argumento da liberdade nesse caso: “O uso do diagnóstico genético de pré-implantação, que permite prevenir um eventual aborto por meio da “rejeição” de células-tronco extracorporais e geneticamente defeituosas, distingue-se da interrupção de gravidez em aspectos relevantes. Com a rejeição de uma gravidez indesejada, o direito da mulher à autodeterminação colide com a necessidade de proteção do embrião. No outro caso, a proteção da vida do feto entra em conflito com as considerações dos pais, que, ponderando a questão como se fosse um bem material, desejam ter um filho mas recusam a implantação se o embrião não corresponder a determinados padrões de saúde.” (HABERMAS, 2004, p.43)

projeto genômico escolhido pelos pais pode ter sobre a construção da identidade pessoal do futuro indivíduo.

No polo oposto das teorias até agora expostas, encontra-se a proposta liberal de Ronald Dworkin (2002): aos pais deve ser assegurada a ampla liberdade para escolher um bebê por meio da seleção genética embrionária de acordo com os padrões que consideram para si padrões de sucesso. O fundamento dessa liberdade estaria no princípio da autonomia procriativa – o qual, desenvolvido em obra anterior para legitimar a direito da mulher de decidir sobre o aborto (*“Life’s Dominion”*, 1993), passa a alcançar, posteriormente, o direito dos pais de decidirem acerca da utilização da seleção genética embrionária (*“Sovereign Virtue”*, 2002).

A ampliação do princípio da autonomia procriativa, desenvolvido inicialmente para justificar decisões reprodutivas como o aborto, às práticas de seleção genética embrionária se dá de forma indireta e mediante a alteração de alguns pressupostos anteriormente adotados, o que acabou tornando a proposta de Dworkin problemática em alguns pontos, como ressaltaremos mais adiante.

Para compreendermos essa evolução no pensamento do autor e como a mudança de alguns pressupostos parece atingir a própria fundamentação do princípio da autonomia procriativa, faremos uma análise das bases desse princípio lançadas inicialmente em *Domínio da Vida* e, em seguida, das alterações realizadas em *“Virtude Soberana”*.

A abordagem de Dworkin (2009) a respeito do aborto se diferencia das abordagens clássicas que opõem liberdade da mulher, ou direito ao corpo, à vida do feto. O valor inviolável e sagrado da “vida” humana está presente em ambos os lados.

Por trás de escolhas práticas sobre questões relacionadas com a vida e a forma de viver, bem como com a morte, estão assentados dois princípios básicos: 1) a ideia de que cada vida humana tem um valor intrínseco e é inviolável e 2) a responsabilidade decorrente dessa ideia de que todos e cada um devam fazer algo de valioso com suas vidas (DWORKIN, 2009).

O que considera por sacralidade da vida humana abrange não apenas o seu processo biológico de desenvolvimento já presente na fase pré-natal, mas também seu aspecto social e cultural, no qual se desenvolve de forma autônoma a vida da mulher.

A santidade da vida humana se fundamenta, assim, em duas tradições – a tradição de valorizar o homem como criação especial e extraordinária da natureza ou de Deus e a tradição de valorizar a arte, a cultura, a forma como o homem se desenvolve, tornando-se autoconsciente, sendo configurado pela comunidade em que vive e nela exercendo sua autonomia. Como iluminam as palavras do autor:

Essa combinação de natureza e arte – duas tradições do sagrado – corrobora a afirmação posterior, e mais dramática, de que cada vida humana individual, em si mesma, pode ser entendida como o produto de ambas as tradições criativas. A primeira dessas duas criações – a ideia de que a natureza é criativa – tem desempenhado um papel importante como fundamento dessa afirmação. [...] O papel da outra tradição do sagrado na defesa da santidade da vida humana é menos evidente, mas igualmente crucial: cada ser humano desenvolvido é produto não só da criação natural, mas também do tipo de força humana criadora e deliberativa que reverenciamos ao reverenciar a arte. Uma mulher madura, por exemplo, por sua personalidade, formação e capacidade, assim como por seus interesses, suas ambições e emoções, é algo como uma obra de arte, pois em todos os seus aspectos é um produto da inteligência criadora humana, em parte a de seus pais e de outras pessoas, em parte a de sua cultura. (DWORKIN, 2009, p.114)

Como deixa bem claro, a ideia de que a vida humana é sagrada e deve ser respeitada comporta dois elementos: a inviolabilidade e respeito pela criação natural do homem (valor em si da vida biológica) e a inviolabilidade e respeito pelo desenvolvimento individual e comunitário da vida humana (valor em si da vida social e cultural da pessoa).

Embora afastando a ideia da personalidade moral e jurídica do feto, ele assume que o aborto traz em si um dilema moral: por um lado, interrompe abruptamente a vida do feto já iniciada, atingindo o valor intrínseco da vida humana em seu primeiro elemento (o respeito pela criação natural ou pela vida biológica), por outro, a opção pela morte prematura do feto pode ser uma forma de atenuar a frustração da vida da mulher e, antes de ser um desrespeito para com a vida humana, é uma realização dela (respeito pelo desenvolvimento da vida social autônoma).

Dworkin (2009) admite que a questão representa um típico debate entre duas grandes tradições herdadas pela política norte-americana: a tradição da liberdade e a tradição da responsabilidade estatal em zelar, cuidar e proteger o espaço moral de convivência dos cidadãos, impondo restrições aos direitos tendo em vista a defesa de valores intrínsecos compartilhados pela comunidade.

Contudo, como as divergências a respeito de qual elemento da sacralidade da vida humana deva prevalecer (biológico/social) estão profundamente relacionadas com as convicções morais e, principalmente, religiosas de cada um, o Estado não está legitimado, alegando o propósito de defender a vida humana, a proibir mulheres de decidir sobre o aborto. A tarefa de garantidor estatal, nessa hipótese, pode ser realizada de outra forma que não por meios coercitivos, mas por mecanismos que, restringindo em pequena medida a liberdade,

incentivam os indivíduos a tomar decisões que valorizam e respeitam a vida humana (DWORKIN, 2009)⁴⁰.

A autonomia da mulher para decidir sobre o aborto assenta-se, assim, em dois princípios morais básicos: a vida humana é sagrada – o que significa que a liberdade integra o elemento humano da santidade da vida, a autoconfiguração da pessoa (enquanto obra de arte) – e toda pessoa tem o dever de realizar algo de valioso com suas vidas – tendo em razão disso a mulher o direito de definir por si mesmo o que é uma vida valiosa ou bem sucedida.

Além da fundamentação moral, Dworkin apresenta os fundamentos jurídicos do princípio da autonomia procriativa. Tal princípio está implícito em diversos dispositivos da Constituição norte-americana. Em primeiro lugar, situa-se na cláusula do devido processo legal que proíbe intervenções estatais indevidas nas liberdades e na privacidade das pessoas. Em segundo lugar, na liberdade religiosa (assentada na primeira emenda), pela qual veda o Estado de impor uma religião. Mais diretamente, o princípio jurídico da autonomia procriativa deriva do conjunto de decisões da Corte Suprema em matéria de procriação: o direito à privacidade invocado em todos os casos em que o tribunal discutiu questões relativas à reprodução, contracepção e aborto leva à elaboração de um princípio geral assegurando a mulher ou ao casal o direito de assumir o controle sobre sua própria reprodução (DWORKIN, 2009).

Ao analisar os impactos da biotecnologia e alguns de seus avanços, como a clonagem engenharia genética e os diagnósticos pré-natais e pré-implantacional, Dworkin (2002) faz questão de esclarecer, porém, que em nenhuma dessas discussões estão envolvidos valores intrínsecos tal como no caso do aborto; os problemas suscitados pelas novas tecnologias demandam respostas quanto aos interesses de determinadas pessoas que são afetadas e a decisão a respeito de sua proibição, regulamentação ou permissão requer apenas análise de custo benefício (eficiência) para os interesses em conflito e de distribuição social dos benefícios (justiça).

⁴⁰ Surpreendendo seus aliados liberais, como frisa Fleming (2010), Dworkin admite que o Estado assuma o papel de fiador do ambiente moral comunitário, justificando, assim, medidas que incentivem a responsabilidade e a consideração pela vida biológica do feto. Medidas compatíveis com esse papel estatal seriam, por exemplo, as restrições legais estabelecidas por alguns estados norte-americanos para a prática do aborto, como a exigência de informações médicas à mulher sobre o desenvolvimento do feto, a necessidade de autorização dos pais para o caso de adolescentes grávidas, o estabelecimento de um prazo de espera entre a prestação das informações médicas até a realização do procedimento e a recusa financeira de certos estados em custear o aborto com fins não terapêuticos para mulheres em situação de pobreza (DWORKIN, 2009).

No caso da seleção genética embrionária, Dworkin afasta a incidência do valor intrínseco da vida humana, alegando que a aceitação social da fertilização *in vitro* como uma técnica reprodutiva demonstra que a sociedade não considera um desrespeito para com a vida humana o desperdício de alguns zigotos em razão de outros que serão produzidos e que darão origem a uma vida humana que de outra forma não existiria.

Diferentemente do destino da vida do embrião implantado no útero ou do feto (que é o desenvolvimento e o nascimento de um bebê), os zigotos em estágio pré-implantacional estão fadados em sua maioria a perecer, sendo assim, a escolha do sexo do embrião significaria mais utilizar uma chance do que desrespeitar a vida (DWORKIN, 2002).

Dworkin também afasta outras objeções normalmente levantadas contra a prática do diagnóstico genético pré-implantacional, como a defesa da diversidade humana e os limites morais impostos pelos riscos de “brincar de Deus”. Para ele tais valores, muitas vezes compreendidos pelos críticos da seleção genética, da clonagem e da engenharia genética como valores intrínsecos, são valores apenas derivativos – são bens valiosos porque que são úteis ou desejáveis para as pessoas.

Ao se referir a diversidade, por exemplo, assinala que embora seja considerado melhor que as pessoas em certo grau vejam e hajam de forma diferente, em muitos sentidos as pessoas podem preferir a uniformidade (ninguém deseja uma vida fracassada ou breve). Os defensores da diversidade têm medo de que a seleção genética tenda a perpetuar as preferências ditadas pela moda e que certos traços desejáveis como peso, altura, inteligência, cor da pele e personalidade sejam uniformizados, criando um fenótipo dominante.

Para que essas consequências se verifiquem, no entanto, como assinala Dworkin (2002), seria necessário demonstrar que a ciência e a tecnologia permitem um *design* avançado desse tipo, já que as características fenotípicas podem estar associadas à interação de vários genes e a interação destes com o meio ambiente, sem contar com os efeitos que a socialização podem produzir na construção da individualidade de cada um. Além disso, pelo deleite que muitas pessoas expressam em relação aos mistérios da reprodução humana, poder-se-ia verificar na prática uma renúncia à utilização da seleção genética ou da engenharia genética para além das motivações de prevenção de doenças e anomalias, não acarretando, assim, nenhum impacto para a diversidade.

O argumento da proteção da diversidade, portanto, além de não se referir a um argumento a favor de um valor intrínseco em si, padece de verificação empírica – tanto sobre as possibilidades da biotecnologia para gerar a uniformidade fenotípica alegada quanto à certeza ou ao alto grau de probabilidade de que as pessoas irão efetivamente utilizar tal

tecnologia para a definição de um fenótipo dominante – e, dessa forma, não poderia ser utilizado para proibir as pesquisas ou a oferta de serviços no âmbito da seleção genética embrionária e da engenharia genética (DWORKIN, 2002).

Dworkin também expressa sua crítica com relação à posição do Parlamento Europeu que considerou a clonagem para qualquer fim, bem como o DGPI como procedimentos imorais, contrários à dignidade da pessoa humana e como grave violação aos direitos humanos. Para o autor, a repulsa inicialmente manifestada em face dos avanços da biotecnociência revela uma preocupação muito maior do que aquela exposta pela ameaça da perda de diversidade: os riscos de se “brincar de Deus”. O “*playing God*” é assumido como sendo algo ruim em si, como um limite ultrapassado de atuação do humano sobre a natureza e contra o qual se deve obter proteção moral e jurídica.

O problema que o argumento de barreira do *playing God* traz é que não está definido o que ele representa:

Pode significar que é sempre errado os seres humanos buscarem resistir às catástrofes naturais ou melhorar o que lhes foi concedido pela natureza. As pessoas fazem isso o tempo todo, sempre fizeram. Qual seria a diferença, afinal, entre inventar a penicilina e utilizar a engenharia genética para clonar genes e curar doenças ainda mais terríveis do que aquelas tratadas pela penicilina? (DWORKIN, 2002, p.443, tradução livre)⁴¹

O limite entre o que é dado pela natureza (ou por Deus) e o que constitui nossa responsabilidade, nosso poder para mudar e superar, está em constante evolução e discussão. Para os gregos, significava fazer a diferença entre o que os homens podem fazer e o que está apenas nas mãos dos deuses (o destino). Para pessoas religiosas da atualidade, o limite da atuação do homem sobre a natureza se encontra entre a contemplação do que Deus criou - o mundo e nossa condição natural - e a disposição das pessoas para liberdade, também designada por Ele. Na linguagem científica, esse limite é traduzido para uma linguagem técnica como a admiração pela natureza e pelo que “a evolução produziu (partículas, energia e genes) e o que nós fazemos neste mundo e como aqueles genes” (DWORKIN, 2002, p.444).

A tese de Dworkin é a de que a dinâmica do *playing God* é dependente do avanço da ciência e dos benefícios e prejuízos que ela traz para vida humana. As convicções estabelecidas sobre a proteção incondicional dos líderes para com seus soldados em guerra, foi alterada quando se desenvolveu a bomba atômica e fora necessário utilizá-la; as

⁴¹ Conferir no original: *It can't mean that it is always wrong for human beings to attempt to resist natural catastrophes, or to improve upon the hand that nature has dealt them. People do that – always have done that – all the time. What is the difference, after all, between inventing penicillin and using engineered and cloned genes to cure even more terrifying diseases than penicillin cures?* (DWORKIN, 2002, p.443)

convicções sobre eutanásia e suicídio forma alteradas quando a medicina prolongou a vida vegetativa dos seres humanos. Em vários momentos da história, a expressão *playing god* fora utilizada para acusar cientistas de quebrar a ordem natural e os desígnios de Deus; em outros, é utilizada para criticar pacientes no leito de morte que decidiram pôr fim à própria vida, vida esta prolongada pela ciência e pela tecnologia médica e facilmente enquadrada como graça divina.

O *playing god*, portanto, estaria sob as influências e os impactos que a ciência e a tecnologia provocam na qualidade de vida das pessoas, os quais de tempos em tempos podem provocar uma alteração nos valores e provocar uma ruptura com a moral estabelecida. As chances oferecidas pela biotecnologia às pessoas de alterar os limites entre o que me é dado (entre a minha natureza, minha *chance*) e o que cabe a mim mudar (minha responsabilidade, minha *choice*), poderão alterar também nossa compreensão moral sobre alguns valores.

Se a tecnologia de seleção genética estreita a distinção entre *chance* e *choice*, possibilitando que os pais escolham um fenótipo para os filhos, poderá afetar noções de responsabilidade dos pais em relação a vida dos filhos, responsabilidade coletiva em relação aos menos privilegiados naturalmente (como os que nascem com doenças) e a nossa noção de orgulho pelos atributos que a natureza nos ofertou.

As pessoas se orgulham de suas características naturais (sua sorte) e tendem a compensar os menos afortunados pela loteria genética. Alguns podem até amaldiçoar o que são, mas sobre eles ou sobre outra pessoa não há o peso da culpa porque não existe responsabilidade no acaso da criação. O que irá acontecer se alguns atributos puderem ser determinados pela escolha dos pais e de seus geneticistas? Como seria vista a decisão de alguns dos pais de não intervir nesse processo e deixar a natureza tomar seu curso?

Embora afastando a plausibilidade do argumento “não brinque de Deus” para proibir a seleção genética embrionária, Dworkin reconhece como já apontado acima, que o deslocamento provocado por essa tecnologia entre as noções de *chance* e *choice*, poderá desestabilizar a moral convencional, pois “nossa identidade genética – o que somos e o que nossos filhos são – tem sido um paradigma de responsabilidade da natureza e não nossa [...]” (DWORKIN, 2002, p.448, tradução livre)⁴².

Fazendo-se uma associação com os princípios da teoria moral dworkiniana estabelecida em Domínio da Vida esse abalo ficará mais evidente. Basta levar em consideração que o primeiro princípio – a vida humana tem um valor intrínseco que deve ser respeitado – se

⁴² Conferir no original: “our genetic identity – who we and our children are – has been a paradigm of nature’s responsibility and not ours[...]” (DWORKIN, 2002, p.448)

fundamenta em duas tradições, sendo a primeira delas a tradição do respeito à criação natural da vida. Se houver possibilidade de o próprio homem interferir no processo de criação, haverá o risco de se desestabilizar nossa moral convencional.

É nesse ponto que o autor complementa a teoria proposta em “Domínio da Vida”: em tempos de crise da moral convencional, tal como aparenta ser o cenário provocado pelas biotecnologias, é necessário recorrer a princípios éticos que possam guiar as pessoas na prática de decisões morais e tais princípios devem enfatizar a liberdade individual.

Denomina sua tese de individualismo ético, o qual consiste na defesa de dois princípios morais básicos: 1) é objetivamente importante que nenhuma vida humana, depois de iniciada, venha a fracassar – objetivamente para “enfatizar que o sucesso da vida humana é importante não apenas para a pessoa que vive, mas também para todos que estão próximos dela” (DWORKIN, 2002, p.448). Toda vida humana é importante e espera-se que ela seja um sucesso⁴³ – e 2) toda pessoa tem, não apenas a responsabilidade de fazer com que sua própria vida seja um sucesso, mas o direito de realizar decisões fundamentais que definem para si o que é um vida de sucesso.

Se o *playing God* for utilizado para impedir o melhoramento da espécie e o assegurar o sucesso da vida humana nas gerações presentes e futuras, o primeiro princípio do individualismo ético o afastaria e o segundo, diante da ausência evidente de perigo, permitiria aos cientistas e médicos liderar esse caminho em busca da melhoria da qualidade de vida dos seres humanos. A objeção para “não brincar de Deus” não é um valor moral, muito menos um valor moral intrínseco, mas um alerta para refletirmos sobre nossos próprios padrões morais e, se necessário, reformulá-los:

Brincar de Deus é de fato brincar com fogo. Porém, isso é o que os mortais têm feito desde Prometheus, o santo padroeiro das descobertas perigosas. Brincamos com fogo e assumimos as consequências, porque o contrário seria covardia em face do desconhecido. (DWORKIN, 2002, p.446, tradução livre)⁴⁴

Embora sem desenvolver muito, Dworkin propõe a questão se, em havendo o ambiente técnico e científico propício no qual os pais possam escolher um bebê de acordo com padrões que consideram para si padrões de sucesso, deveríamos continuar defendendo a liberdade de

⁴³ É importante analisar em conjunto com o segundo princípio tal exigência para retirar qualquer dúvida de que a teoria de Dworkin continua no marco de uma teoria liberal. Como ele mesmo enfatiza: “[...] *it will also be a liberal theory, because it will insist that government must leave people finally free to make decisions that set the parameters of success for their own lives for themselves.*” (DWORKIN, 2002, p. 449)

⁴⁴ No original: *Playing God is indeed playing with fire. But that is what we mortals have done since Prometheus, the patron saint of dangerous discovery. We play with fire and take the consequences, because the alternative is cowardice in the face of unknown.* (DWORKIN, 2002, p.446)

procriação. Pelos princípios do individualismo ético e a partir do teste de integridade e coerência⁴⁵, o autor parece sugerir que sim.

E se esta conclusão for correta, o princípio da autonomia procriativa aplicado às práticas de seleção genética embrionária já não é mais o mesmo princípio aplicado à discussão do aborto. Isso porque Dworkin altera os fundamentos do princípio na segunda obra. A autonomia procriativa em “Domínio da Vida” está ancorada na valorização da vida humana, essa compreendida em seus dois aspectos (o aspecto biológico e o aspecto sócio-cultural). Em “virtude Soberana”, nos problemas relativos à biotecnologia, especialmente aqueles que alcançam a vida humana embrionária antes da implantação do útero não há incidência do valor intrínseco da vida a ser protegido.

Embora se possa alegar que o aspecto sócio-cultural da vida (autonomia) esteja presente na formulação dos princípios do individualismo ético, o primeiro desses princípios – “é objetivamente importante que nenhuma vida humana, depois de iniciada, venha a fracassar” – modifica o primeiro fundamento básico da autonomia procriativa em “Domínio da Vida” – “a ideia de que cada vida humana tem um valor intrínseco e é inviolável”. Antes, a vida humana é tida como sagrada só pelo fato de existir, posteriormente o sagrado passa a ser a vida humana seja um sucesso e não que simplesmente exista e deva ser seja protegida por isso.

Se em tempos de crise moral, o valor do sagrado da vida humana pode ser alterado, também não há garantia de que a liberdade não o seja. O que vem a ser defendido como liberdade para os pais definirem, conforme seus critérios de sucesso, o genoma e o fenótipo dos filhos pode se transformar em regra impositiva ou obrigatória, pois como bem se questiona Dworkin, o que aconteceria com a responsabilidade dos pais que deixassem a natureza seguir seu curso?

Apesar de reconhecer os impactos à moral convencional que a implementação de novas biotecnologias poderia gerar, Dworkin não avança em refletir a respeito dos efeitos que tais alterações provocariam em direitos já assegurados. Isso se deve também à sua argumentação de que não há direitos afetados no caso da seleção genética embrionária, nem valores intrínsecos a serem protegidos. Ao contrário de Habermas, não percebe que a mudança entre os critérios *chance e choice* poderia afetar a forma de construir livremente nossa personalidade.

⁴⁵ O dever de manter a integridade do Direito se aplica à jurisdição constitucional e consiste em: 1) toda decisão deve ser fundamentada em princípios (e não em estratégias ou acordos políticos) e 2) ao afirmar um direito como sendo fundamental em um caso, o juiz deve, ao mesmo tempo, demonstrar que esse direito tem compatibilidade com os princípios utilizados em outros precedentes do tribunal e adotar ou reafirmar a importância desse mesmo direito em outros casos que vier a decidir- coerência (DWORKIN, 2009).

A retirada de cena do valor intrínseco da vida humana em fase pré-implantacional pelo simples fato de ter se aceitado as perdas de zigotos durante o processo de reprodução assistida não convence. Se não houvesse a aplicação do valor intrínseco da vida humana à fase embrionária pré-implantacional, também se aceitaria com facilidade a venda de embriões e sua utilização em pesquisas, o que não se verifica na prática⁴⁶. Se Dworkin defende a tese da proteção gradual da vida humana, tal como se poderia extrair de sua posição em “Domínio da Vida”⁴⁷, o caso seria de proteção “menor” da vida na fase de zigoto ainda pré-implantado, não de ausência total de proteção.

Como ressalta Habermas (2004, p.105), Dworkin e “outros colegas americanos” apenas enxergam os avanços da biotecnologia sob a perspectiva da distribuição social dos riscos e benefícios e nessa perspectiva também só conseguem perceber que a tecnologia genética representa uma extensão material da liberdade reprodutiva. Não se considera, assim, a denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que foi desenvolvida em muitos estados democráticos no sentido de afirmar que tais direitos, além de trunfos subjetivos contra o Estado, também consistem em pautas valorativas de atuação estatal e exigem determinados deveres de proteção⁴⁸.

No mesmo sentido enfatizado no primeiro tópico, Dworkin admite que as mudanças tecnológicas possam alterar profundamente a forma de vida que conhecemos e que apreciamos, introduzindo novos valores e suplantando antigos. Os clamores a favor ou contra os limites do *playing god* representam o embate a que nos referimos entre tecnofóbicos e tecnofílicos, cuja impropriedade para compreender os efeitos complexos da dinâmica entre riscos, perigos e benefícios gerados pela ciência e tecnologia já fora afastada. Embora essa perspectiva dinâmica tenha sido assimilada na análise crítica de Dworkin, não se pode admitir, por outro lado, que a biotecnologia, sob a perspectiva de um determinismo tecnológico, fixe por si só novas pautas sociais, sem que em certa medida a sociedade

⁴⁶ “O desenvolvimento fetal é um processo de criação contínuo, um processo que mal começou no instante em que ocorre a concepção. De fato, uma vez que a individuação genética ainda não se consumou a essa altura, poderíamos dizer que o desenvolvimento de um ser humano com características únicas só vai iniciar-se cerca de quatorze dias mais tarde, no momento da implantação. Depois, desta, porém, à medida que prossegue o crescimento do feto, o investimento natural que o aborto poria a perder torna-se cada vez maior e mais significativo.” (DWORKIN, 2009, p.123)

⁴⁷ Conferir, apenas a título de ilustração, a intensa polêmica sobre a autorização da pesquisa com células tronco embrionárias em ACERO (2010) e CESARINO (2007).

⁴⁸ Diversamente da argumentação proposta em “Domínio da Vida” pela qual defende a atuação do Estado em forma de deveres de proteção em relação a bens e valores considerados intrínsecos, em “Virtude Soberana” todos os esforços são empreendidos para se afastar qualquer valor desse tipo e, portanto, para se excluir qualquer dever de proteção estatal, no sentido de regular a prática da seleção genética embrionária pré-implantacional.

responda a ela, selecionando, afastando ou adotando resultados específicos (MOLINARO e SARLET, 2015).

Dessa forma, não se pode olvidar que tanto os direitos humanos assegurados na ordem internacional, assim como os direitos fundamentais na ordem interna refletem não apenas pautas jurídicas consolidadas, mas também certo nível de “mínimo ético” universalizante da cultura ocidental (FUKAYAMA, 2003), podendo assumir, ao lado de outras instâncias sociais, um papel de resistência, contenção ou de direção dos avanços da ciência e da tecnologia reformulando alguns de seus impactos na vida em sociedade. Enquanto a própria ideia de proteção de direitos humanos não for abandonada e a dignidade da pessoa humana ainda for uma pauta a ser exigida, os resultados da ciência e da tecnologia estarão inseridos nessa lógica dúplice: a de promoção de novos direitos ou bens e da afetação aos direitos ou bens já conquistados.

Outro aspecto reputado como redutor na proposta dworkiniana é a sua perspectiva de que os princípios do individualismo ético, especialmente o segundo, assegurariam ainda em tempos de crise da moral convencional, a liberdade dos indivíduos. Como ele mesmo reflete não se sabe até que ponto os pais que ficassem à margem da escolha genética embrionária ainda teriam liberdade para fazê-lo⁴⁹.

Por outro lado, os princípios do individualismo ético fundamentam não apenas um direito que as pessoas têm de buscar o próprio sucesso em suas vidas, mas subjaz um dever: todos, e não apenas a pessoa que vive, têm o dever de fazer da vida humana um sucesso. Em certa medida, a proposta de Dworkin tocou em ponto central (e também muito problemático) desenvolvido posteriormente por Savulescu (2001): mais que um direito, os pais têm o dever de utilizar a seleção genética embrionária para possibilitar aos futuros filhos a “melhor vida possível”.

Savulescu (2001) desenvolve, na contramão das propostas liberais que tendem a defender a autonomia procriativa dos futuros pais para realizarem a seleção genética embrionária conforme seus critérios de sucesso, de vida boa ou segundo suas próprias preferências⁵⁰, o princípio da beneficência procriativa, segundo o qual:

[...] casais (ou pessoas solteiras), com base em informação disponível e relevante, devem selecionar, dentre as possíveis crianças que eles poderiam

⁴⁹ Além disso, conforme tentamos demonstrar em tópico anterior, a permissão irrestrita para o uso da seleção genética embrionária, inclusive quanto à sua utilização para prevenir qualquer tipo de doença ou anomalia, em virtude das fortes pressões sociais em torno da “normalização”, assim como os apelos de mercado a que esta prática estaria submetida, pode de fato diminuir e não ampliar os espaços de liberdade dos futuros pais.

⁵⁰ O que implica admitir, inclusive, a seleção em favor de uma deficiência. Nesse sentido, conferir Fenton (2006).

ter, aquela que se espera ter a melhor vida, ou pelo menos, uma vida tão boa quanto às outras. (SAVULESCU, 2001, p.415, tradução livre)⁵¹

A seleção do embrião que apresente as melhores chances de ter uma vida bem sucedida é vista sob a perspectiva de um dever moral, implicando não apenas a obrigação de utilizar o DGPI para prevenir amplamente qualquer tipo de doenças, mas também no dever de utilizá-lo para excluir outros traços fenotípicos ou comportamentais que representem ou possam significar uma perda na qualidade de vida da futura pessoa.

A asma, nesse sentido, pode comprometer seriamente o bem estar físico e emocional de uma pessoa e entre um embrião A com predisposição a asma e outro embrião B, sem a mesma predisposição, deve-se escolher o B. Mas também outros fatores, não diretamente relacionados a doenças ou deficiências, podem impedir as pessoas de terem uma vida melhor: um comportamento violento, explosivo, a falta de concentração ou déficit no coeficiente de inteligência ou memória podem ser motivos de grande sofrimento (SAVULESCU, 2001).

Dessa forma, na visão de Savulescu (2001, p. 417), a seleção genética também deve ser realizada para excluir alguns comportamentos que eventualmente tenham causa genética e cujos efeitos na qualidade de vida reduzam a chance de uma ótima vida, tais como agressividade, alcoolismo, ansiedade, déficit de atenção, personalidade antissocial, bipolaridade, homossexualidade, esquizofrenia, propensão à dependência química, devendo ser realizada, por outro lado, para promover um comportamento maternal e maior potencial de inteligência e memória.

O fundamento da beneficência procriativa encontra-se no dever moral que os futuros pais têm de cuidar do bem estar dos futuros filhos (SAVULESCU e KAHANE, 2009).

As pessoas se preocupam com o bem estar do futuro filho e buscam alcançá-lo de diversas formas: por meio da seleção de parceiro com atributos desejáveis, do controle sobre a contracepção e seu adiamento tendo em vista assegurar as condições ideais de recursos financeiros, materiais e emocionais para o nascimento de uma criança, pelo recurso às vacinas e suplementos pré-natais ou mesmo retardando a concepção por motivos de surtos epidêmicos, tal como a rubéola. Savulescu e Kahane (2009, p.276) defendem que nessas hipóteses, nas quais se inclui o próprio planejamento familiar, os futuros pais estão fazendo escolhas: estão selecionando uma criança que terá uma vida melhor.

⁵¹ No original: “[...] couples (or single reproducers) should select the child, of the possible children they could have, who is expected to have the best life, or at least as good a life as the others, based on the relevant, available information.” (SAVULESCU, 2001, p.415)

As raízes da seleção genética embrionária se encontram, assim, no senso moral comum de que os pais devem buscar todos os meios disponíveis para garantir aos futuros filhos a melhor vida possível. Para Savulescu e Kahane (2009) a seleção genética embrionária representa, ao contrário do que afirmam alguns críticos no sentido de que ela consistiria na degradação da relação pai e filho ou instrumentalização da criança, uma atitude louvável e admirável para muitos futuros pais e é perfeitamente compatível com o apreço e amor que devotarão à criança que um dia existirá⁵².

Se algumas características genéticas tiverem a possibilidade de impactar positivamente ou negativamente o bem estar das futuras crianças, o princípio da beneficência procriativa requer que a seleção genética seja realizada. Contudo, Savulescu (2001) reconhece que tal princípio não estabelece uma obrigação moral absoluta, havendo razões suficientes para ser afastado, tais como no conflito entre a autonomia procriativa – casal de surdos que desejem ter uma filha surda – ele deixará de incidir. Não existindo razões fortes, entretanto, seria sempre moralmente proibido selecionar qualquer criança que estivesse em um patamar esperado inferior ao “melhor” (SAVULESCU, 2001)

Mas o que seria a “vida ótima” para Savulescu? A vida com o maior “bem estar possível”. Sem indicar inicialmente quais os parâmetros específicos pelos quais considera uma vida com maior bem estar possível, Savulescu (2001, p.420) aponta três teorias variantes sobre o conceito de bem-estar: a hedonista, para a qual o bem estar representa nossas experiências de prazer; a teoria da satisfação, na qual uma vida melhor significa a realização ótima ou plena de nossos desejos e, por fim, a teoria da lista objetiva, a qual aponta algumas atividades que são consideradas boas para as pessoas, como ter dignidade, ter filhos e educá-los, conquistar objetivos em sua vida, obter conhecimento, desenvolver talentos etc. Em todas essas versões, a melhor vida possível envolve sabedoria (inteligência, conhecimento, memória) e prazer.

Em obra posterior (SAVULESCU e KAHANE, 2009), o autor deixa claro que o princípio da beneficência procriativa é neutro quanto à teoria adotada para definir o que vem a ser uma ótima vida, sem apelar a uma noção específica de *best life*, apenas exige que em decisões que afetem à procriação, as pessoas devem buscar realizar escolhas no sentido de garantir o melhor bem estar possível à sua descendência. Apesar da controvérsia filosófica em

⁵² “When people object to PB, this might be because they mistakenly think that it is incompatible with the strong intuition that parents ought to cherish and love their child for who he or she is. But PB is compatible with this intuition. It is up to us whether we love our children and give all people in society a fair go. This need not be affected by decisions about selecting which people come into existence.” (SAVULESCU E KAHANE, 2009, p.277).

torno do conceito, Savulescu e Kahane defendem que o apelo à busca de uma vida melhor está presente em muitas decisões morais cotidianas das pessoas, existindo até mesmo certo consenso em torno de determinadas características ou estados que tornam a vida das pessoas melhor ou pior, como por exemplo, a alegria ou a dor crônica.

E como avaliar se uma decisão contribui para o alcance de uma vida melhor? Comparando-se entre diversos graus de vida boa e estimando-se, por meio de um juízo de probabilidade (e não de certeza), quais as escolhas que mais contribuem para a conquista da melhor vida possível. Não se exige juízo de certeza para a incidência do princípio da beneficência procriativa, não há como saber se a criança terá uma ótima vida e, a menos que se aceite um determinismo genético absoluto, as expectativas em torno da seleção genética devem ser bastante limitadas. Além disso, ainda que a criança seja naturalmente dotada de muitos atributos e talentos, sua vida pode ser desperdiçada ou ela poderá encontrar diversos obstáculos que a levem a trilhar um caminho repleto de privações e frustrações. Desse modo, a expectativa de uma vida mais vantajosa seria suficiente para a incidência do princípio da beneficência procriativa (SAVULESCU e KAHANE, 2009, p.279).

Savulescu (2001) faz questão de ressaltar que as exigências morais da beneficência procriativa não implicam em justificativa para forçar as pessoas a realizar a seleção genética embrionária. Embora nenhuma coerção possa ser justificada, a beneficência procriativa é plenamente compatível com a persuasão moral e, dessa forma, chega a ser até mesmo recomendável que os médicos tentem convencer seus pacientes sobre a importância da seleção genética embrionária para a garantia das melhores chances de vida da futura criança.

O autor também empreende um considerável esforço para afastar as críticas à sua tese. Enfrenta as objeções sobre os possíveis prejuízos que a seleção genética poderia trazer à futura criança. Nesse aspecto, defende que a prática da seleção genética embrionária não poderia ser considerada como uma instrumentalização da criança, porque os pais irão efetivamente amar o filho que terão. Ademais, o futuro da criança permanecerá sempre em aberto desde que os pais sejam devidamente aconselhados sobre o impacto relativos dos aspectos genéticos no desenvolvimento da criança.

Ao argumento de que a seleção genética embrionária poderia aumentar as desigualdades sociais existentes, principalmente no caso da seleção de características relacionadas ao sexo, inteligência, traços físicos ou comportamentais desejáveis, Savulescu responde: se a seleção genética tiver um impacto importante para a qualidade de vida da pessoa, deve ser realizada a

despeito dos seus resultados discriminatórios⁵³. O problema da desigualdade e das discriminações contra as pessoas com deficiências é uma questão de reforma política e social, assim como o princípio da beneficência procriativa não autoriza o Estado a implementar medidas de melhoria da população, a reprodução não pode se tornar um mecanismo a disposição do Estado para implementar políticas de controle e de mudança social (SAVULESCU, 2001).

Pelas posições extremas que adota, tal como a imposição do dever moral de realizar a seleção genética embrionária ainda que isso implique ser complacente com as diversas formas de opressão social (como a obrigatoriedade de seleção de sexo em contextos de discriminação do gênero feminino ou de descarte de embriões portadores de genes associados ao homossexualismo), a proposta de Savulescu provocou um intenso debate (SPARROW, 2007)⁵⁴.

Para Sparrow (2007), o artigo original de Savulescu recebeu muita aceitação na literatura bioética porque representou uma clara posição, desde que o DGPI fora implantado, no sentido de apoiar o melhoramento humano por meio das tecnologias de seleção genética. Porém, como ressalta o autor, seu argumento é falho em muitos aspectos.

Primeiramente, Savulescu confunde razão ou motivo moral com obrigação ou dever. Se os pais percebem que o embrião poderá desenvolver uma característica que o beneficie no futuro teriam apenas uma razão para selecioná-lo, não uma obrigação. Os pais podem ter outras razões morais para não selecionar esse mesmo embrião e, nesse aspecto, não estaria justificado atribuir um peso maior às razões relativas ao bem estar e à qualidade de vida da futura da criança (SPARROW, 2007)

Em segundo lugar, seria altamente problemático julgar o erro dos pais quanto às crianças que trazem ao mundo, pois a própria decisão de não trazer a mundo este ou aquele embrião pode ser considerado um dano. Para Sparrow (2007), não existiria a obrigação de

⁵³ Como podemos constatar na seguinte passagem: *“Imagine in a country women are severely discriminated against. They are abandoned as children, refused paid employment and serve as slaves to men. Procreative Beneficence implies that couples should test for sex, and should choose males as they are expected to have better lives in this society, even if this reinforces the discrimination against women.”* (SAVULESCU, 2001, p.424)

⁵⁴ Conferir, por exemplo, as críticas realizadas pelos autores: MALM, Heide. Moral Duty in the use of Preimplantation Genetic Diagnosis. **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 19–21 e WASSERMAN, David. A Duty to Discriminate? **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 22-24, e em sentido contrário, endossando e desenvolvendo a tese de Savulescu e ampliando-as, inclusive, para o campo jurídico defendendo a tese do dever legal dos pais de realizar a seleção genética embrionária: MALEK, Janet and DAAR, Judith. The case for a parental duty to use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit. **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 3–11 e LADD, Rosalind and FORMAN, Edwin. A duty to use IVF? **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 21-22.

realizar escolhas tendo em vista o “melhor interesse da criança”, porque simplesmente esta não existe ainda⁵⁵.

Outra crítica bastante pertinente de Sparrow ao princípio da beneficência procriativa é que ele exige demais dos pais. Se mesmo os melhores pais falham em realizar tudo o que eles *consideram* o melhor para seus filhos, quanto mais o que *de fato* seria melhor para eles, como o princípio parece exigir.

Para cumprir essa obrigação moral, os pais deveriam, por exemplo, empregar todos os seus recursos na educação dos filhos e se assim não o fizessem estariam agindo errado do ponto de vista moral. É desarrazoado ter expectativas tão altas em relação às responsabilidades dos pais. Em algumas decisões, por motivos justificados, os pais colocarão seus interesses na frente dos interesses dos filhos e não podem ser condenados por isso. Além disso, os deveres dos pais relacionados ao zelo e à promoção do bem estar de seus filhos são deveres relativos a uma criança específica, não é um dever aplicável à escolha entre filhos, sobre qual filho teria mais chance de ter uma vida bem sucedida (SPARROW, 2007).

Ainda que se pense em deveres associados às decisões reprodutivas, como o planejamento familiar responsável que deve levar em consideração o futuro bem estar da criança que irá nascer, não existe nem mesmo nesses casos o dever de otimizar esse bem estar, ou seja, de buscar a situação de qualidade de vida “ótima” para a futura criança (SPARROW, 2007).

Uma questão bastante polêmica na proposta de Savulescu é o padrão designado para realizar a seleção genética: a “melhor vida possível” ou a criança com “melhor expectativa de sucesso”. As próprias teorias apontadas pelo autor para fundamentar objetivamente o que seria uma melhor vida possível são altamente controversas.

⁵⁵ No mesmo sentido, é a crítica de Bennet (2009): não há nenhum indivíduo em desvantagem ou prejudicado pessoalmente quando se escolhe ter um embrião cujo desenvolvimento dará origem a uma criança com vida útil. A menos que alguém possa ser considerado responsável pelo fato da vida criança ser profundamente dolorosa e marcada pelo sofrimento, não há erro por dano na decisão dos pais em escolher ter uma criança portadora de deficiência ou com determinada incapacidade. Quanto a essa crítica, algumas ressalvas são necessárias. Primeiro, os autores partem do pressuposto que obrigações morais só poderiam surgir como correlativos de deveres para com outras pessoas, posição bem restritiva, já que como vimos em Dworkin (2009), a preservação de valores intrínsecos também podem gerar obrigações morais sem a necessidade de subjetivação desses valores em deveres para com outras pessoas. Além disso, se o único critério de controle da seleção embrionária fosse as graves condições de vida e saúde da criança que nascerá, muito pouco seria possível fazer em termos de política regulatória sobre a reprodução assistida (CAMPBELL, 2002). Como bem pontua Campbell (2002), nessa área, a legislação pode e deve também considerar as implicações dos valores sociais sobre as escolhas reprodutivas das pessoas, ainda que isso signifique assumir o risco da intromissão de valores morais e religiosos por intermédio de uma legislação excessiva, incluída aí a consideração dos direitos fundamentais das crianças em sua perspectiva objetiva.

Como observa ainda Sparrow, uma vida boa ou ótima pode ser muito mais do que uma vida prazerosa ou rica em situações de êxtase tal qual proposto pelo hedonismo. Uma vida ótima também pode ser mais do que aquela em que todos os seus desejos possam ser satisfeitos e mais problemático ainda é pensar que a seleção genética poderá assegurar a satisfação dos desejos da futura pessoa, quando essa satisfação vai depender de fatores externos e principalmente porque são desconhecidos esses desejos, já que a pessoa ainda nem existe. Uma vida ótima também é difícil de determinar objetivamente porque muitos bens que se incluem como necessários para uma vida boa podem estar em oposição, o que torna particularmente ainda mais difícil formular juízo de probabilidade sobre quais condições ou características genéticas em seu conjunto deverão otimizar as chances da melhor vida possível à futura criança. Se a questão em torno do próprio conceito de vida ótima é altamente controversa, como estabelecer uma obrigação moral no sentido de sua realização?

A proposta de Savulescu parece apontar ainda para duas graves consequências: a perpetuação e o agravamento de sistemas de opressão social e acende sinal verde para a justificação da eugenia por meio de políticas públicas⁵⁶ (SPARROW, 2007; BENNET, 2009).

Ao propor o dever de selecionar contra características ou comportamentos indesejáveis ou rejeitados em determinados contextos sociais, como a seleção do sexo masculino em culturas onde a mulher sofre discriminação e a seleção de embriões livres de genes associados ao homossexualismo em sociedades com alto nível de intolerância e preconceito para com as opções sexuais dos indivíduos, o princípio da beneficência procriativa não apenas acentua graves desigualdades já existentes como também parece exigir que os futuros pais, a despeito de suas próprias visões e valores, sejam complacentes com a opressão de gênero, com a homofobia ou com o racismo, afetando gravemente a liberdade de crença das pessoas (SPARROW, 2007).

Bennet (2009) observa, inclusive, que o princípio da beneficência procriativa reduz consideravelmente a liberdade procriativa, abrindo espaços para a regulação estatal impositiva do dever de selecionar. Embora Savulescu tenha se defendido, como já apontado, esclarecendo que nenhuma coerção externa pode resultar do princípio da beneficência

⁵⁶ O termo eugenia é bastante ambíguo e sua problematização será explorada no primeiro capítulo da segunda parte do trabalho, mas por ora, o sentido empregado no texto refere-se às práticas implementadas por vários países como, por exemplo, os Estados Unidos, Grã-Bretanha e Alemanha nas primeiras décadas do século XX, visando à eliminação de pessoas doentes, deficientes ou de comportamentos sociais indesejáveis (eugenia negativa) – como às esterilizações e eutanásias forçadas de deficientes, enfermos mentais, condenados – e, por outro lado, a valorização e promoção das características positivas que contribuem para a melhoria da espécie humana (eugenia positiva) – tais como estímulos e subsídios sociais e econômicos à procriação entre pessoas que apresentassem tais características (SOUTULLO, 1999).

procriativa, ele mesmo admite que as pessoas, tomando decisões contrárias ao princípio, possam ser advertidas do erro e persuadidas a tomarem a decisão contrária.

Nesse sentido, Bennet sugere que o princípio da beneficência procriativa poderia sustentar, por exemplo, uma política que introduzisse uma rotina de testes genéticos obrigatórios nos embriões produzidos pela FIV e nos exames pré-natais, afetando drasticamente a liberdade dos futuros pais quanto à utilização da seleção genética.

A aproximação da posição de Savulescu com a eugenia impositiva é sutil, já que o autor se manifesta expressamente contrário à prática e se dá por meio da noção de dano impessoal subjacente à fundamentação do dever moral de selecionar a melhor vida possível (BENNET, 2009). Trazer alguém ao mundo com deficiências ou incapacidades pode não gerar um dano específico à pessoa portadora, já que ela pode ter uma vida útil, mas ainda assim na visão de Savulescu poderia ser considerado moralmente errado porque escolher entre pessoas deficientes ao invés de saudáveis tornaria o mundo um lugar pior de se viver.

O mundo será melhor quando tiver mais qualidade de vida para sua população. O cálculo da qualidade de vida leva em conta as pessoas sem incapacidades ou deficiências, sendo a qualidade de vida menor quanto maior o número de pessoas com incapacidades, o que denota o perfil utilitarista da proposta de Savulescu e demonstra como sua teoria pode ser utilizada para fins eugenésicos (BENNET, 2009).

Levando em consideração todos os pontos problemáticos da proposta de Savulescu e, principalmente, tendo em vista às graves consequências a que se pode chegar com a aplicação do princípio da beneficência procriativa à liberdade e à igualdade, fica difícil sustentar sua adequação teórica para justificar a prática da seleção genética embrionária. Embora a proposta e suas críticas tenham sido ensaiadas entre bioeticistas, a aplicação ao campo jurídico do princípio da beneficência procriativa encontra também sérias dificuldades, dentre elas o enfrentamento das questões relativas à liberdade reprodutiva, ao dever estatal de proteção à vida e de redução das desigualdades sociais.

Apesar de bastante propícia à crítica como ressaltou Sparrow, a teoria de Savulescu segue ganhando adeptos e, atualmente, consiste em uma linha bioética de forte defesa⁵⁷ do uso da tecnologia existente para melhorar as capacidades humanas⁵⁸. Contudo, a insistência no dever moral de utilizar toda tecnologia disponível para melhorar as capacidades humanas

⁵⁷ No sentido de estabelecer um dever moral e, para alguns, inclusive o dever jurídico de realizar a seleção para proporcionar aos filhos a melhor vida possível. Conferir, por exemplo, MALEK, Janet and DAAR, Judith. The case for a parental duty to use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit. **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 3–11 e LADD, Rosalind and FORMAN, Edwin. A duty to use IVF? **The American Journal of Bioethics**, Volume 12, Number 4, 2012, p. 21–22.

⁵⁸ Tais como habilidades físicas, cognitivas, disposições de humor e de prolongamento da vida.

(SAVULESCU *et al.*, 2011), especialmente no caso das decisões reprodutivas, tem afastado Savulescu e seus seguidores de se alinhar completamente ao movimento mais proeminente nessa matéria, transhumanista.

O transhumanismo é um movimento filosófico e social que vem crescendo rapidamente nos últimos anos voltado para a defesa do uso das tecnologias existentes e do avanço em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias futuras que contribuam para a superação das limitações humanas – tais como o prolongamento da vida humana, a eliminação de doenças ou de sofrimento desnecessário, o melhoramento das capacidades cognitivas, físicas e emocionais (BOSTROM, 2001).

Como enfatiza Bostrom (2001), é um movimento que parte do humanismo moderno, assumindo muitos de seus pressupostos como a crença no potencial humano para a razão, na valorização da ciência e da tecnologia como instrumentos de superar as mazelas, os sofrimentos e as limitações naturais impostas ao homem, mas vai além dele, pois acredita que a condição humana pode ser melhorada por outros mecanismos além da educação e da cultura.

O transhumanismo se dedica, assim, ao estudo das possibilidades e dos impactos trazidos pelas novas tecnologias para transformar o humano em poshumano – um estágio mais avançado da evolução humana guiado pelos próprios humanos que, desejando utilizar a tecnologia para se autoconfigurarem, alcançarão um nível superior de habilidades, capacidades e rendimento.

São alguns valores transhumanistas: ênfase na liberdade e escolhas individuais, notadamente quanto à decisão de utilizar as tecnologias de melhoramento em si mesmo, a crença de que não há nada de errado em manipular ou alterar a natureza humana, a afirmação do ideal do desenvolvimento pleno da personalidade, respeito e deleite pela diversidade da vida (tendo em vista em especial os diversos caminhos que a espécie humana poderá seguir) e defesa do bem estar de todo ser senicente, sejam intelectos humanos, artificiais, animais ou possíveis espécies extraterrestres (BOSTROM, 2001).

Em uma visão transhumanista, a seleção genética embrionária deve estar disponível aos pais que decidirão se utilizarão seu potencial para promover o “melhoramento” nas capacidades da própria descendência. Nas palavras de Bostrom:

Transhumanistas defendem a ideia de que as tecnologias de melhoramento humano deveriam se tornar amplamente disponíveis e que os indivíduos deveriam dispor de uma extensa margem de discricioniedade para utilizá-las, seja em si mesmos (liberdade morfológica), seja na futura descendência através do recurso às tecnologias reprodutivas (liberdade reprodutiva). [...] é possível que tais melhoramentos nos transforme e também a nossa

descendência em ‘poshumanos’, seres com indefinidos períodos de saúde, com faculdades intelectuais ainda não experimentadas por humanos existentes – e da mesma forma com a habilidade de controlar suas próprias emoções. (BOSTROM, 2005, p. 203, tradução livre)⁵⁹

O autor faz questão de ressaltar que a defesa do uso e do desenvolvimento da tecnologia para fins de melhoramento, ao contrário do que pensam os bioconservadores⁶⁰, se dá ao mesmo tempo e ao lado de uma forte defesa dos direitos humanos, da liberdade individual e do combate a toda e qualquer ação ameaçadora à integridade de tais direitos, como a luta contra o militarismo e terrorismo biológico, bem como contra todos os efeitos indesejáveis da tecnologia ao meio ambiente e à sociedade (BOSTROM, 2009).

O movimento transhumanista atrai e cresce com o passar dos anos (como observou Bostrom) por razões simples: seu impulso humanista de controlar a natureza, sua filosofia de potencializar as capacidades humanas e o grande apoio econômico e financeiro para o desenvolvimento das pesquisas na área de biotecnologia e tecnologia da informação.

O domínio da natureza pela ciência e pela tecnologia fora um dos grandes motes da cultura moderna (TAYLOR, 2010). Aliás, como frisa Harari (2016), controlar as catástrofes naturais, as secas, intempéries, fome e doenças sempre fora uma motivação histórica e evolutiva do *homo sapiens*. A primeira novidade é que com o advento da cultura moderna, não apenas se acentuou o domínio sobre a natureza onde habita o homem, mas o próprio homem tornou-se objeto de domínio (TAYLOR, 2010).

A segunda mais recente se refere à nova agenda que está sendo escrita com a colaboração dos transhumanistas: a busca pela superação da natureza e dos limites do próprio homem por meio da tecnologia com ênfase em três frentes: imortalidade, felicidade e divindade, o que tenderá a promover uma mudança gradual do humano para o pós-humano ou, nas palavras de Harari (2016), do *homo sapiens* para o *homo deus*. Para alcançar tais metas, até porque todas as limitações humanas são consideradas problemas técnicos, é indispensável e altamente valorizado o uso e avanço do desenvolvimento tecno-científico.

⁵⁹ No original: “Transhumanists promote the view that human enhancement technologies should be made widely available, and that individuals should have broad discretion over which of these technologies to apply to themselves (morphological freedom), and that parents should normally get to decide which reproductive technologies to use when having children (reproductive freedom). [...] Ultimately, it is possible that such enhancements may make us, or our descendants, ‘posthuman’, beings who may have indefinite health-spans, much greater intellectual faculties than any current human being – and perhaps entirely new sensibilities or modalities – as well as the ability to control their own emotions.” (BOSTROM, 2005, p. 203)

⁶⁰ Bostrom designa de bioconservadores os autores que se posicionam contra o uso das tecnologias que possam modificar a natureza humana, desumanizando-a. Para ele, ao contrário do que acreditam os bioconservadores, não existe uma natureza humana fixa e faz parte do processo evolucionário a modificação de nossa própria espécie (BOSTROM, 2009).

A lógica aplicada é a mesma responsável pela expansão do desenvolvimento tecnológico e econômico no início a modernidade: a da razão instrumental, a racionalidade baseada na relação custo/benefício⁶¹. Apesar de toda a crítica que se pôde fazer à ‘colonização’ da razão instrumental de outros sistemas sociais e do mundo da vida (HABERMAS, 2004) e a instrumentalização do próprio homem que ela tem promovido, seu emprego e sua primazia (evidente no prestígio que hoje se dá à tecnologia) se apoiam em ideais morais, que a mantém em posição de centralidade na cultura moderna.

Como já apontado anteriormente, a ciência e a tecnologia se desenvolvem impulsionadas por dois ideais: o da liberdade autodeterminante e da valorização da vida ordinária que impulsionam a busca pelas soluções que maximizem a qualidade de vida e de redução e alívio do sofrimento humano (TAYLOR, 2010).

Esse é um dos motivos que fazem e farão a filosofia transhumanista avançar. Outro será seu impulso ao melhoramento das capacidades humanas, já que esse impulso não é novo e, segundo registro de Casabona (2010), muitas tentativas de melhora ou de aperfeiçoamento de algumas características corporais ou faculdades superiores já recebem certo grau de aceitação social, como as intervenções cosméticas, cirurgias plásticas e fortalecimento temporário da memória de estudantes com medicamentos⁶². Não resta dúvida que “[...] *algumas de estas mejoras gozarán de amplia aceptación en la medida en que se confirmen sus beneficios y al mismo tempo puedan prevenirse o controlarse los efectos secundários no deseables hasta niveles mínimos asumibles*” (CASABONA, 2012, p.85).

Outro elo dessa corrente que favorecerá o crescimento do movimento transhumanista é presença da denominada tecnociência\biotecnociência que combinará o avanço da ciência e da tecnologia com investimento financeiro maciço na indústria biotecnológica, robótica e nanotecnológica, com o objeto de fornecer novas utilidades ao mercado de produtos e serviços de melhoramento humano (HARARI, 2016).

O problema da proposta transhumanista em torno da ampla liberdade dos pais para a utilização da seleção genética embrionária com fins perfeccionistas parece ser o mesmo daquele que fundamenta o uso o desenvolvimento e uso das tecnologias em geral de melhoramento: a falta de percepção daquela tensão dialógica entre benefícios, riscos e perigos inerente à dinâmica tecnológica na sociedade.

⁶¹ Racionalidade baseada na relação custo\benefício, é definida segundo Taylor (2010, p.13) como sendo “o tipo de racionalidade em que nos baseamos ao calcular a aplicação mais econômica dos meios para determinado fim.”

⁶² Isso sem mencionar a aceitação generalizada das intervenções de caráter ambiental para melhorar nossos filhos: educação, dieta, alimentação, capacitação intelectual. (MORÁN, 2012)

A afirmação peremptória de que tais tecnologias trarão a potenciação das capacidades humana e assim, a melhoria da qualidade de vida das pessoas, ou ainda que a vida do poshumano será melhor do que a vida do humano tal como conhecemos hoje, pode ser enquadrada mais como uma posição tecnofílica de defesa cega dos benefícios trazidos pelos avanços tecnológico, em detrimentos de seus riscos e perigos.

Apesar de Bostrom (2009) advogar o uso e avanço da tecnologia de melhoramento, ao lado da proteção dos direitos humanos, fica difícil se imaginar como tal proteção em concreto se daria (proteção da dignidade, da identidade pessoal, da integridade física e da vedação de discriminação) se a premissa básica do transhumanismo é de que tudo isso pode ser ultrapassado – a própria pessoa, a identidade pessoal e o próprio corpo – para transformar a espécie.

Por outro lado, se é altamente provável que certas tecnologias de melhoramento tenderão a receber um grau cada vez mais crescente de aceitação social, também é altamente provável que outras venham a enfrentar resistências, especialmente dos sistemas jurídicos e políticos até enquanto estes mesmos possam resistir⁶³.

Nesse sentido, a análise dos impactos das tecnologias de melhoramento existentes, sua regulação, permissão ou proibição deverão enfrentar também seus limites jurídicos. Dessa forma, a ampla defesa da seleção genética embrionária para fins perfeccionistas só poderia ser juridicamente permitida se tal prática, além de se fundamentar em direitos já protegidos (ou novos decorrentes dos já existentes) também não violar gravemente outros direitos, notadamente aqueles fundamentais decorrentes da proteção da personalidade do ser que se desenvolverá.

Todas as teorias expostas nesse tópico, haja vista a força de seus argumentos e o brilhantismo dos seus autores, parecem não perceber que a técnica da seleção genética embrionária como fruto da biotecnociência – a qual imersa entre desconfianças e signos de qualidade de vida (SCHRAMM, 2010) – se insere exatamente no contexto de complexidade já assinalado: “entre esperanças e medos”. Simplesmente “demonizar” o DGPI sob a pecha de eugenismo e defender sua total proibição é tão redutor quanto “santificar” a vontade dos pais para escolherem ter os filhos que quiserem.

⁶³ Nas palavras de Morin (2003, p.330): “*Nada está seguro, tampoco lo peor.*” Percepção também subjacente às ideias de Taylor (2010, pp. 82-83) quando explana o seguinte: “Se o melhor nunca pode definitivamente ser garantido, então nem o declínio nem a trivialidade são inevitáveis. A natureza de uma sociedade livre é a de que sempre será o lócus de uma batalha entre formas mais elevadas e mais baixas de liberdade. Nenhum lado pode abolir o outro, mas o limite pode ser deslocado, nunca de maneira definitiva, mas, pelo menos, para algumas pessoas, por algum tempo, de um jeito ou de outro. Através de ações sociais, mudança política e do ganho de corações e mentes, as formas melhores podem ganhar terreno, ao menos por um tempo.”

Como vimos, a técnica potencializa os resultados da implantação uterina do embrião, aumentando as chances de uma gravidez bem sucedida; fornece aos pais, portadores de anomalias genéticas graves, a possibilidade de não transmitir à sua descendência doenças gravemente incapacitantes, incuráveis ou até mesmo fatais ainda em tenra idade. Além disso, permite que crianças já nascidas gravemente afetadas por doenças de reduzida chance de sobrevida, tenham a possibilidade de ser tratadas e curadas, por meio da doação de células-tronco do cordão umbilical de seus irmãos doadores compatíveis, selecionados pela técnica do DGPI. Nesses aspectos, O DGPI parece aliviar a dor e o sofrimento, não apenas dos pais, mas do ser que vier ao mundo e de toda a futura família que o cercará.

Nesse aspecto, a seleção genética embrionária pode representar aquela face da tecnologia direcionada à redução dos obstáculos ao exercício da liberdade, no caso da liberdade dos futuros pais – ao traçarem seu projeto de constituição de prole frustrado pela infertilidade ou pela existência breve da criança gravemente enferma – assim como pode evidenciar a busca pela redução do sofrimento humano, proporcionando condições de sobrevida à criança a ser gerada.

Tendo em vista tais aspectos, será imprescindível investigar se e em que sentido os termos “liberdade reprodutiva” e “autonomia reprodutiva” – amplamente utilizados por alguns autores estudados nesse tópico, como Dworkin – poderia sustentar a prática da seleção genética embrionária pré-implantacional no campo jurídico, o que se fará no próximo capítulo.

2 LIBERDADE REPRODUTIVA E SUA FUNDAMENTALIDADE: AMBIGUIDADES, CONTROVÉRSIAS E ANTAGONISMOS DE UMA CATEGORIA JURÍDICA EM CONSTRUÇÃO

La question de la procréacion, qu'elle soit entendu comme liberté positive ou négative, est donc certainement une des plus complexes que puisse se penser. On le voit, elle a pour effet d'ébranler les intuitions les plus fortes (la procréacion n'est plus, assurément, la decision la plus intime qui soit), les valeurs le plus partagés (le respect de la vie)[...] (HENNETTE-VAUCHER, 2009, p. 65-66)

Ao abordar o tema da liberdade reprodutiva e sua conexão com a seleção genética embrionária, Abellán (2006) realiza um interessante panorama da discussão jurídica sobre a matéria, do qual se utilizará para ilustrar alguns pontos problemáticos a serem enfrentados neste capítulo.

O enquadramento jurídico das decisões em matéria procriativa⁶⁴, segundo o autor, pode ser feito sob quatro perspectivas teóricas diferentes: 1) reconhecimento jurídico da liberdade em matéria de reprodução, por meio da categoria “liberdade reprodutiva”, com fundamento na autonomia pessoal; 2) proteção jurídica por meio da categoria de “direito à reprodução”, de base constitucional decorrente da liberdade de ação, da dignidade da pessoa humana, da vida privada e do direito de fundar uma família; 3) reconhecimento jurídico do direito ao “filho saudável”, baseado no direito à saúde ou ainda 3) como mera tolerância jurídica, tendo em vista que a reprodução está regida por leis da natureza não caberia o direito regulá-la,

⁶⁴ Na literatura médica não há diferença significativa entre os termos reprodução e procriação. A reprodução, definida como processo pelo qual os organismos produzem descendência (FARLEX PARTNER MEDICAL DICTIONARY, 2012) ou como processo sexuado ou assexuado pelo qual os organismos geram novos indivíduos da mesma espécie (THE AMERICAN HERITAGE MEDICAL DICTIONARY, 2007) apresenta frequentemente o termo procriação – ato de gerar (MILLER-KEANE ENCYCLOPEDIA AND DICTIONARY OF MEDICINE, 2003) – como sinônimo. Em estudos antropológicos, porém, há quem defenda que, após o advento da reprodução assistida, houve um distanciamento progressivo entre as expressões, verificando-se o emprego do termo procriação apenas para designar a concepção como ato tecnológico de inserção do espermatozoide no óvulo (representando nesse caso o vínculo genético com a descendência) e a reprodução, como expressão mais ampla, no sentido de recriar parte de si no outro, por meio de relacionamentos afetivos (representando o vínculo social e familiar, o desejo de constituir família) (STRATHERN, 1995 Apud GRACIE and DANIELS, 2007). Seguimos Gracie e Daniels (2007) ao ressaltarem que, embora essa distinção exerça papel significativo na forma como as pessoas justificam seus vínculos parentais após o recurso aos métodos de reprodução assistida com perda do vínculo genético (como a doação de gametas, por exemplo), a separação conceitual é precária, pois a procriação “*will always contain the seeds of social relatedness and reproduction will never never be immune from the symbolism of embodiment.*” (GRACIE e DANIELS, 2007, p.708). Apenas para ilustrar como a separação entre os termos pode gerar ambiguidades, consultar Eyer (1998), cuja posição fundada na bioética de matriz religiosa, resulta na inversão da proposta de Strathern: a procriação é vista como um ato de amor e uma dádiva, enquanto a reprodução incorpora a metáfora da revolução industrial de replicar a produção de coisas, coisas a serem postas no mercado e consumidas conforme o desejo das pessoas (EYER, 1998).

havendo, por outro lado, o reconhecimento dos direitos dos filhos e a proteção dada à criança para ter pais e uma família (ABELLÁN, 2006).

A pluralidade de perspectivas teóricas, assim como a diversidade de nomenclaturas jurídicas para se referir ao tema da reprodução no direito – tais como autonomia reprodutiva, direitos reprodutivos, direito à procriação, direito ao filho⁶⁵ – justifica-se em parte pela ausência de consolidação tanto em nível dos estados nacionais, como em nível comunitário ou convencional ou mesmo em nível internacional de uma categoria jurídica associada ao reconhecimento ou proteção das decisões em matéria reprodutiva⁶⁶, fato que por si só provoca dissensões e impulsiona o desenvolvimento (ainda bastante controverso) de uma categoria jurídica por meio da interpretação de princípios jurídicos já existentes ou das normas regulatórias sobre determinadas matérias, como o planejamento familiar, aborto e reprodução assistida.

Mas a questão é ainda mais complexa como bem pontua Hennette-Vauchez (2006). Mesmo em países que já regularam essas matérias, inclusive com espaços permitidos para a prática do aborto e da seleção genética embrionária (de forma restrita), o enquadramento desses atos nas categorias “liberdade reprodutiva” ou “direito à procriação” pode ser contestada⁶⁷ e, ainda quando admitida o conteúdo de tal liberdade ou direito à procriação pode variar bastante⁶⁸, especialmente tendo em vista outras normas no sistema como estatuto jurídico do embrião, conceito de família, normas sobre filiação e direitos das crianças.

A vinculação ao contexto não apenas jurídico, mas sociocultural e econômico parece também ser evidente nas propostas teóricas sobre admissibilidade jurídica ou moral da prática da seleção genética representadas nas correntes (personalista, discursiva, liberal, utilitarista e transhumanista) discutidas no capítulo anterior.

Apesar das soluções diversas e muitas vezes completamente opostas, todas as correntes analisadas partem de fundamentos jurídicos básicos que encontram amplo reconhecimento e proteção nos estados democráticos de direito contemporâneos: a inviabilidade da pessoa humana, a proteção da vida humana, a defesa da liberdade e o dever da paternidade

⁶⁵ Para uma visão sistemática das diversas nomenclaturas utilizadas, conferir também a tese doutoral de González Moreno (2015).

⁶⁶ Não obstante os relatórios das conferências internacionais realizadas pelas Nações Unidas no Cairo (Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, 1994) e em Beijing (IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995) mencionarem expressamente o compromisso dos Estados partes na proteção e promoção dos “direitos reprodutivos”, conforme analisaremos mais adiante.

⁶⁷ Consultar, por exemplo, as críticas contra o “direito à procriação” proferidas por González (2011) na Espanha e por Eljkort (2010) no Reino Unido.

⁶⁸ Enquanto Espanha e Reino Unido permitem o acesso de mulheres solteiras e de casais homossexuais aos recursos da reprodução assistida, na França apenas casais heterossexuais, com problemas de infertilidade comprovados são “candidatos” a participarem dos procedimentos. (HENNETTE-VAUCHER, 2009).

responsável. Como as legislações nacionais responderão às tecnologias reprodutivas e a definição do seu enquadramento jurídico será sempre o resultado do embate das forças políticas em torno das interpretações acerca desses princípios assegurados a nível constitucional (CASABONA, 2005).

Nesse sentido, em países que têm admitido a prática da seleção genética embrionária, seja de forma quase irrestrita como nos Estados Unidos – onde existe uma ausência da intervenção estatal administrativa ou legislativa sobre as tecnologias de reprodução assistida (BAYEFSKY e JENNINGS)⁶⁹ –, seja em países como Reino Unido e Espanha – nos quais as legislações limitam a prática seletiva – observamos uma maior tendência da literatura a discutir esses temas em termos de autonomia reprodutiva, liberdade reprodutiva ou de direitos à procriação⁷⁰.

Já em países onde o DGPI é permitido apenas em caráter excepcional como na Alemanha⁷¹, França ou mesmo proibido como na Suíça, a seleção genética é condenada em razão do direito à vida e a dignidade da vida embrionária, não se mencionando a existência de nenhuma liberdade dos futuros pais para decidirem algo a respeito (HENNETTE-VAUCHER, 2009).

Se a prática da seleção genética embrionária pode ser enquadrada na categoria jurídica da liberdade e se, especificamente, o sistema jurídico brasileiro protegeria tal categoria e lhe conferiria tal extensão, faz-se necessário analisar primeiramente a trajetória controversa, ambígua e subversiva da construção teórica dessa categoria para se referir à reprodução.

O primeiro problema a ser enfrentado neste capítulo é o enquadramento jurídico da reprodução como questão de escolha. Se há tantos condicionamentos de ordem natural, social, cultural e também jurídicos, como a reprodução pode ser protegida juridicamente como questão de escolha pessoal e autônoma? Será preciso, assim, compreender o contexto sócio-cultural e tecnológico que favoreceu o surgimento de novas representações sociais sobre a

⁶⁹ Como registram as autoras existem poucas leis estaduais e federais sobre a reprodução assistida, mas não há menção nelas sobre os variados usos do DGPI. A autoregulação profissional, exercida pelas entidades American Society for Reproductive Medicine (ASRM), a American College of Medical Genetics (ACMG) e a American Congress of Obstetricians and Gynecologists (ACOG), também é mínima oferecendo normalmente um amplo catálogo para o uso da seleção genética embrionária.

⁷⁰ Conferir nesse sentido, por exemplo, os trabalhos de Robertson (2003) nos Estados Unidos, de Scott (2005) no Reino Unido e de Salazar (2008) e Abellán (2006) na Espanha.

⁷¹ Robiński (2010) aponta que, mesmo sem a existência de autorização legal para a prática do DGPI na Alemanha na época, em 2009 uma decisão da Corte Federal chegou a autorizar sua realização. A Corte alegara que objetivo da legislação era proteger os embriões de abusos eventualmente cometidos com a utilização da seleção genética embrionária, mas que a lei não afastava os seus benefícios. Além disso, insistiu a Corte, se a mulher poderia optar mais adiante pelo aborto por motivos médicos, conforme permissão da legislação nacional, o DGPI poderia ser utilizado para investigar sérios defeitos genéticos. Mais recentemente, como se verá no capítulo final, o parlamento alemão aprovou uma lei regulamentando a seleção genética pré-implantacional.

reprodução, bem como discutir a procedência ou não de algumas críticas dirigidas ao tratamento jurídico da reprodução como questão de escolha.

A segunda preocupação será com as ambiguidades presentes na literatura jurídica de outros países e também na doutrina nacional para representar a procriação em termos de proteção jurídica: além do termo “autonomia procriativa” utilizado por Dworkin (2009), encontramos obras com expressões diversas tais como “direitos reprodutivos” (PIOVESAN, 2002), “direito à procriação”(IDIAKEZ, 2006), direito à reprodução (SALAZAR, 2015), “direito ao filho” (BRUNETTI-PONS, 2017), “liberdade procriativa” (ROBERTSON, 2003), “liberdade reprodutiva” (ABELLÁN, 2006). A falta de uniformidade terminológica também dificulta a consolidação de uma categoria jurídica destina a proteger a autodeterminação pessoal em matéria reprodutiva e a fragiliza em face das críticas, sobretudo aquelas direcionadas à impropriedade dos deveres do Estado e de terceiros para com os “direitos de reprodução”.

Após a revisão crítica de algumas dessas categorias, discute-se ainda como elemento nuclear desse capítulo, se haveria a proteção do ordenamento jurídico brasileiro da liberdade reprodutiva, quais seriam seus fundamentos, seu conteúdo, iniciando concomitantemente os questionamentos acerca da extensão dessa proteção à seleção genética embrionária.

Seguindo a linha metodológica traçada desde o primeiro capítulo, a abordagem da categoria “liberdade reprodutiva” deverá manter a complexidade tanto quanto possível aos limites da pesquisa, o que significa incluir neste capítulo para além da dimensão jurídica, outras perspectivas de caráter filosófico, antropológico e social, principalmente tendo em vista a crítica de determinadas concepções sobre a procriação, liberdade e “liberdade reprodutiva” e o papel do direito na regulação das matérias ligadas à procriação.

2.1 A reprodução como questão de escolha: liberdade reprodutiva como uma categoria controversa, subversiva e ambígua

A forma que a sociedade contemporânea ocidental compreende o fenômeno reprodutivo é bem contraditória. De um lado, a decisão de ter ou não ter filhos, de quando tê-los, em qual número ou ainda se serão biológicos ou adotivos é cada vez mais representada socialmente como uma questão de escolha, como um planejamento e racionalização do casal (CORREIA, 2001) ou mais ousadamente como um projeto parental de uma pessoa solteira (TEIXEIRA e VALADARES, 2006), tratando-se de assunto privado, do qual o Estado deve se afastar ou interferir o mínimo possível.

Por outro lado, o projeto de constituir família e de ter filhos hoje é altamente valorizado, chegando a fazer parte da construção da identidade dos indivíduos modernos (CORREIA,

2002) e, em alguns casos, o simples desejo de ter filhos passa a ser visto como uma necessidade e, sobretudo, como uma condição da identidade feminina (LUNA, 2007). Nessa hipótese, o Estado é chamado a satisfazer às “necessidades” humanas de procriar, assegurando aos indivíduos o acesso à reprodução mesmo quando a natureza lhes tenha negado esse acesso de *per si*.

Convivem ao mesmo tempo as reivindicações pela liberdade de não procriar (uso massivo dos métodos contraceptivos, prática do aborto e livre acesso à esterilização), com a defesa da liberdade para procriar (incluindo aí o acesso às técnicas de procriação artificial⁷²) (HENNETTE-VAUCHER, 2009). Como é possível, então, que afirmações tão diferentes em termos de fundamentação de direitos (a escolha de ter ou não ter filhos e a necessidade de ter filhos) se reúnam em termos das categorias “liberdade reprodutiva” ou “autonomia reprodutiva”? A nosso ver, como se busca demonstrar nesse tópico, a fusão dessas duas perspectivas na categoria de liberdade reprodutiva ocorre sem avaliação crítica dos fundamentos reivindicados, da mesma forma que se dá sem levar em consideração a complexidade do fenômeno reprodutivo e suas vinculações de natureza biológica, sócio-cultural e subjetiva.

É preciso compreender primeiramente que a ênfase na reprodução como questão de escolha ocorreu em duas etapas diferentes cada qual coincidente com condições históricas e eventos tecnológicos significativos que apesar de resultaram em profundas transformações socioculturais a respeito da procriação⁷³, apresentam justificativas que em certo sentido se opõem (liberdade de não procriar e necessidade de procriar).

A primeira delas tem como panorama a chamada “revolução contraceptiva”, fortemente acompanhada da crítica feminista sobre a dominação de gênero, das reivindicações políticas de respeito às escolhas das mulheres e pela luta em prol dos “direitos reprodutivos” e da “autonomia reprodutiva” das mulheres nos planos nacional e internacional.

Essa fase se inicia ainda na década de sessenta do século passado, com a difusão maciça dos métodos contraceptivos médicos controlados pela própria mulher, tendo em poucos anos, ao menos nos países do hemisfério norte como ressalta Bozon (2004), contribuído para retirar o peso da gravidez indesejada sobre a sexualidade feminina, o que acentuou ainda mais o

⁷² As expressões reprodução assistida, novas tecnologias reprodutivas e tecnologias de procriação são utilizadas no trabalho como equivalentes, embora autores como Correa (2001) e Luna (2007) ressaltem que a primeira seja mais comum no contexto médico e as duas últimas mais presentes em estudos críticos.

⁷³ A análise segue a proposta de Hennette-Vaucher (2009), a qual aborda o tema da procriação no direito sob duas perspectivas: a liberdade de não procriar, situada no contexto da disseminação dos métodos contraceptivos e da luta pelo acesso ao aborto e sob o aspecto da liberdade para procriar, discutida no âmbito do acesso às tecnologias de reprodução assistida.

processo de separação entre sexualidade e procriação já em curso desde o surgimento do amor conjugal nos séculos anteriores⁷⁴.

Em um contexto marcado por transformações econômicas e sociais, os novos métodos contraceptivos, mais eficientes e sob controle feminino, tais como os anticoncepcionais hormonais e o DIU, favoreceram o ambiente já propício para a emergência de revisões críticas sobre a tradicional ordem da procriação e o papel social da mulher, tendo em vista não apenas a busca pela “emancipação” desta como sujeito autônomo, mas também a valorização da vontade dos sujeitos envolvidos ou em um comportamento sexual ou em comportamento reprodutivo.

O afastamento da prática da sexualidade das finalidades reprodutivas promoveu uma inversão da representação tradicional: em geral, a sexualidade é infecunda e vivenciada como experiência pessoal de intimidade e afetividade essencial para a construção do sujeito, enquanto a procriação passa a ocupar um espaço excepcional, reduzido e cada vez mais pensado numa realidade bastante particular:

De agora em diante, a fecundidade é pensada como um projeto pessoal, cujo peso na organização de uma vida é muito mais leve, e a execução demanda preparo e reflexão. Escolhas são feitas: ter ou não ter filhos, o momento de tê-los, o intervalo desejado entre o primeiro e o segundo, ter ou não ter mais filhos. Essas decisões não escapam mais das mulheres (e de seus parceiros), podendo, então, ser coordenadas junto às outras escolhas realizadas em outros domínios de sua vidas, especialmente o profissional. (BOZON, 2004, p.44)

Os elementos “escolha”, “planejamento” e “controle de natalidade” presentes nas percepções sociais da época para se referir à procriação vieram a ser reforçados, ainda que sob perspectivas diferentes, em textos da literatura feminista (FRANKLIN, 1995), por políticas de Estado assecuratórias do planejamento familiar (ELJKHOLT, 2010)⁷⁵ e por decisões judiciais de vanguarda que asseguraram, por exemplo, a liberdade dos indivíduos para utilizarem os métodos contraceptivos em face de legislações restritivas⁷⁶.

⁷⁴ Como assinala Bolzon (2004), o surgimento do amor conjugal aliada às primeiras práticas contraceptivas desenvolvidas ainda no século XIII iniciou um longo processo de desconstrução secular da vinculação entre sexualidade e procriação, o qual só veio se encerrar por volta da década de sessenta do século passado.

⁷⁵ Eljkholt (2010) lembra que essa fase em prol da defesa da liberdade reprodutiva coincide também com as reivindicações contrárias à esterilização forçada amplamente utilizadas na década de 20 nos Estados Unidos - posteriormente, disseminada por práticas nazistas durante a segunda guerra- assim como às políticas estatais de controle de natalidade como a política do filho único na China. A liberdade reprodutiva se impõe também como oposição a “*any non-consensual infringement of the capacity to procreate*” (EIJKHOLT, 2010, p.129).

⁷⁶ Cita-se como exemplo a célebre decisão da Corte Suprema norte americana no caso *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), ainda na década de sessenta que considerou inconstitucional lei do Estado de *Connecticut*

Segundo Correia (2001), houve uma notável mudança em relação à percepção social da norma do dever de procriar, a reprodução biológica passa a ser um fenômeno que requer investimentos altos tanto ao nível de planejamento pessoal, como aos níveis social e tecnológico:

[...] o ‘normal’ numa mulher hoje é o estado da não concepção medicalizada até o momento adequado de procriar. Ter um filho deve ser objeto de uma decisão deliberada, que envolve um projeto voluntarista devidamente controlado, no qual pesam fatores como a colocação no mercado de trabalho, a estabilidade do casal ou da mulher solteira, o desejo de concluir estudos, a preocupação com meios disponíveis para proporcionar boa educação para os filhos e outros. (CORREIA, 2001, p. 41)

Para Haker (2006), a liberdade para dispor do próprio corpo e para poder exercer o controle sobre sua fecundidade e procriação sempre fora um tema central do movimento em prol dos direitos das mulheres. Se as mulheres não podem escolher, indaga Widdows (2006), quando, se e como terão filhos, as quais são decisões que afetam seus próprios corpos, como elas poderão de forma significativa exercer outros direitos civis, políticos e econômicos? Como poderão construir seus projetos de vida, construir suas carreiras, dedicar-se à estabilidade relacional e financeira ou ainda participar ativamente dos processos políticos se não podem tomar decisões que dizem respeito à integridade de seu próprio corpo?

Ainda segundo Widdows, a “autonomia reprodutiva” – o poder decidir sobre a contracepção e sobre o aborto sem a interferência de terceiros, inclusive de parceiros ou familiares – está intrinsecamente associada com outros direitos de igualdade social e econômica das mulheres. A luta pelo reconhecimento dos “direitos reprodutivos”, cujos titulares exclusivos seriam as mulheres, fundamenta-se não apenas na defesa da liberdade das mulheres como um fim em si mesmo, mas na ideia de que ela é necessária como meio para possibilitar o exercício de outros direitos. Representa, em outras palavras, uma luta por igualdade de gênero (WIDDOWS, 2006).

O controle sobre o comportamento reprodutivo da mulher, implementado não apenas por políticas de Estado majoritariamente masculinas, mas também exercido através de representações sociais que impuseram a norma da maternidade às mulheres como critério de definição de sua identidade, teve como objetivo regular sua sexualidade e definir seu papel social, a despeito de sua vontade e de suas próprias escolhas, reduzindo sua participação em outras áreas da sociedade (ANDREWS, 2006).

que criminalizava o uso de anticoncepcionais e de qualquer método contraceptivo. A Corte entendeu se tratar de violação da cláusula do devido processo legal que assegura a privacidade conjugal.

A ideia de escolha esteve muito tempo excluída da construção jurídica da procriação assim como da maternidade, ora apresentada como fatalidade biológica, ora como imposição ou dever social. Sublinham Hennette-Vaucher e Roman (2013) que, embora no direito francês não houvesse nenhuma obrigação explícita do dever de procriar, diversos dispositivos normativos assumiram implicitamente tal obrigação, como por exemplo, proibições de métodos contraceptivos controlados pela mulher, a vedação do aborto e da esterilização. A doutrina, inclusive, não obstante a inexistência expressa entre as obrigações do casamento do dever de procriar defendia sua pressuposta existência como indubitável, sendo a jurisprudência uma instância legitimadora de tal concepção⁷⁷.

Impulsionadas pelas mudanças tecnológicas e sociais que afetaram os significados da procriação e pela lógica jurídica individualista, a força das reivindicações feministas acabaram encontrando eco, em certa medida, entre os ativistas políticos, tendo se revestido em alguns casos em slogan político – como aquele propagado pelo governo francês na década de oitenta: “um filho se eu quiser e quando eu quiser” – resultando, por sua vez, na elaboração de várias políticas públicas de acesso à contracepção e à informação sexual, e em legislações permissivas da prática do aborto na Europa (HENNETTE-VAUCHER e ROMAN, 2013).

O ocidente desenvolvido tornou-se um palco de uma ruptura cultural importante: se a procriação durante muito tempo fora vista como imposição às mulheres (seja imposição física, com a planificação dos nascimentos e proibição do aborto; seja imposição social, com a definição da função mais importante a ser cumprida pela mulher), mais recentemente a maternidade vem sendo vista como uma questão de escolha (VAUCHER e ROMAN, 2013)⁷⁸.

No plano internacional, a Conferência sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas realizada no Cairo em 1994, dando continuidade a uma série de ações e programas que já incluíam a proteção dos direitos das mulheres⁷⁹, estabelece como um dos princípios

⁷⁷ Decisões citadas pelas autoras ilustram o papel da jurisprudência em ratificar a existência implícita do dever de procriar no direito francês, tais como a concessão do divórcio por injúria grave, caracterizada esta nas hipóteses em que a mulher se recusa a manter relações sexuais com o marido ou a restringir demais seu número e frequência, ou nos casos em que o marido utiliza sistematicamente o uso do preservativo ou coito interrompido, ou quando a mulher pratica o aborto sem o consentimento do marido e ainda quando este a pressiona para realizar o aborto contra a sua vontade (HENNETTE-VAUCHER e ROMAN, 2013, p. 388).

⁷⁸ O Brasil também é palco dessa mudança ao menos no que diz respeito ao controle de natalidade realizado pelas mulheres e pelos casais a partir da década de setenta do século XX, o qual resultou em drásticas reduções nas taxas de natalidade e na reconfiguração do modelo familiar para a família mais “enxuta”, com reduzido número de filhos (LUNA, 2007). Entretanto, a redução nas taxas de natalidade no Brasil, diferentemente do caminho trilhado pelos países desenvolvidos - onde houve melhoria da qualidade de vida e amplo acesso à pílula anticoncepcional e ao DIU – teve como principal elemento a “cultura da esterilização” (CORREIA, 2002, p.58), realizada indiscriminadamente na rede privada de saúde por meio da proliferação dos partos cirúrgicos.

⁷⁹ Cite-se, por exemplo, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, a qual assegura em seu artigo 14: “os direitos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante

orientadores fundamentais a serem observados pelos Estados participantes em suas deliberações sobre desenvolvimento sustentável e crescimento econômico o respeito pelos direitos humanos das mulheres e meninas, o progresso na redução da desigualdade entre sexos, a eliminação da violência contra a mulher assim como a garantia conferida a ela para ter o controle de sua própria fecundidade ⁸⁰.

No capítulo VII do relatório da conferência, com o objetivo de promover programas de ação voltados para a realização desse princípio, é introduzido o tema dos “direitos reprodutivos” associado, porém, a questões de saúde reprodutiva, a qual é definida como a possibilidade de a pessoa ter “uma vida sexual segura e satisfatória, a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes o deve fazer.” (ONU, 1994, parag.7.2). Como dispõe o texto do relatório sobre os denominados “direitos reprodutivos”:

[...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos e acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos, de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos de direitos humanos. (ONU, 1994, parag. 7.3)

Apesar do próprio preâmbulo do relatório advertir que a conferência não criara novos direitos humanos, a definição dos direitos reprodutivos em seu programa de ação, proporcionou algumas visões positivas sobre a garantia jurídica expressa de antigas aspirações feministas no plano internacional, levando algumas autoras a considerar a declaração dos direitos reprodutivos inscrita no relatório como uma afirmação da autonomia e da liberdade das mulheres para controlar seu próprio corpo (OLIVEIRA, 1996; PIOVESAN, 2002, GUARNIERI, 2010).

A IV Conferência Mundial sobre as Mulheres realizada pela ONU em Beijing no ano seguinte, 1995, manteve a proteção dos direitos reprodutivos iniciada no Cairo – apesar das ameaças de retrocessos em razão das resistências e críticas da Igreja Católica e de países muçulmanos (GUARNIERI, 2010) – e afirmou pela primeira vez a proteção dos direitos

e indivisível dos direitos humanos universais”, sublinhando as necessidades específicas das mulheres e o contexto de desigualdade de gênero em que estão inseridas (GUARNIERI, 2010).

⁸⁰ Princípio 4, Capítulo II (Princípios) do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994).

sexuais da mulher conferindo-lhe o “direito a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente com respeito a essas questões, livres de coerção, discriminação e violência” (ONU, 1995, Plataforma de Ação, parágrafo 96).

O documento destaca ainda que a falta de atenção para com os direitos reprodutivos da mulher na maior parte dos países participantes “limita gravemente suas suas oportunidades de educação e o pleno exercício de seus direitos econômicos e políticos” (ONU, 1995, Plataforma de Ação, parágrafo 97), reforçando a importância do controle efetivo da mulher sobre sua própria fecundidade como base essencial para o gozo de outros direitos. O aborto, embora rejeitado como método de planejamento familiar, foi reconhecido como caso de saúde pública, tendo o relatório recomendado aos Estados que busquem estratégias de ação para enfrentar os perigos do aborto à saúde e que revejam suas legislações punitivas (ONU, 1995, Plataforma de Ação, parágrafo 106).

A inserção dos direitos reprodutivos em documentos internacionais ao lado das legislações nacionais que passaram a incorporar a garantia do livre planejamento familiar (e, em alguns casos, permitiram o acesso ao aborto voluntário), contribuiu para impulsionar uma mudança já em curso no âmbito sociocultural e tecnológico do ocidente: o redimensionamento do processo reprodutivo como evento passível de controle humano, de racionalização e de reflexão subjetiva.

Tal mudança se tornará ainda mais visível e definitiva com o advento das tecnologias de reprodução assistida na década de setenta do século passado: a concepção, antes era tida como um processo natural, inacessível à intervenção humana e oculto nas profundezas do corpo feminino, agora se torna visível, cognoscível e controlado por meio da tecnologia (FRANKLIN, 1995). Após o controle do número de filhos e o momento de tê-los, a possibilidade de superar a infecundidade por meio da procriação assistida é o segundo acontecimento “que veio alterar a fatalidade histórica da procriação” (TESTART, 1998, p.15).

Nesse contexto, desenvolve-se a segunda etapa dos estudos e os novos discursos em torno da reprodução como uma questão de escolha pessoal. Durante esse período, intensificase o interesse em debater os limites da biotecnociência⁸¹ e seus impactos sobre a manipulação da vida, notadamente da vida humana, emergindo as primeiras legislações nacionais sobre a reprodução assistida (IDIAKEZ, 2006).

⁸¹ Apesar da temática da reprodução assistida ter sido aceita como uma questão bioética, por sua interferência sensível nos processos biológicos humanos atingindo nível celular e genético, Correia (2001) aponta que o debate ético provocado pelos impactos dessa tecnologia é mais amplo e suscitado por questões como a formação das famílias, inserção das crianças e escolhas de sexualidade.

A liberdade reprodutiva em pauta não é apenas vista como a escolha de não procriar ou mesmo procriar quando homem e mulher, envolvidos em um relacionamento físico e de caráter sexual, estão biologicamente aptos para isso. Agora, a liberdade que se postula é a de buscar a procriação, quando a natureza falha – no caso de casais heterossexuais inférteis – ou mesmo contra a própria natureza em se tratando do desejo de pessoas solteiras e casais homossexuais de terem filhos biológicos⁸². Ao lado da liberdade para evitar o nascimento do filho biológico, a liberdade para buscar a realização do desejo pelo filho biológico, aparece em alguns casos sob as formas jurídicas do “direito a procriar” ou do “direito ao filho biológico” (HENNETTE-VAUCHER, 2009).

Ainda que mudanças nas representações sociais sobre a procriação já estivessem em curso desde a “revolução contraceptiva” (BOZON, 2004), o controle tecnológico sobre o processo reprodutivo propiciado pela biotecnociência e suas consequências – bebês concebidos em laboratório, embriões congelados, análise genética do embrião e do feto, manipulação de embriões, transplante de tecido fetal e as possibilidades infinitas abertas na época por essa tecnologia, tais como micromanipulação de embriões, clonagem, gestação interespecie, terapia genética em células germinativas etc – complementaram radicalmente o cenário acerca do caráter e da natureza da reprodução humana, impactando não apenas noções básicas sobre procriação, mas inclusive, noções sobre maternidade, paternidade e família (ROBERTSON, 1995; FRANKLIN, 1995).

Segundo Robertson (1995) a revolução reprodutiva promovida pela tecnologia que abrange desde os meios de contracepção, aborto, tratamento de infertilidade, controle de qualidade da descendência e até a possibilidade de usar a capacidade reprodutiva para fins não reprodutivos (como a produção e embriões e fetos para fins de transplante ou pesquisa) afetou a forma como a reprodução é vista, ainda que amplamente ela permaneça sendo resultado do intercuro sexual (ROBERTSON, 1995). Mesmo que apenas uma porcentagem pequena de pessoas tenha acesso às altas tecnologias (*higt-tech*)⁸³ de reprodução assistida, todo o quadro desenhado pela “revolução reprodutiva” favorece a ideia de que a reprodução tem se tornado

⁸² Um dos grandes impasses que a regulação jurídica da reprodução assistida teve que enfrentar em alguns países (como França, Espanha e Reino Unido) foi o enquadramento das pessoas que poderão ter acesso a essa tecnologia, uma questão ainda em aberto no Brasil tendo em vista a lacuna legislativa sobre a matéria. Segundo Diniz (2002) a maior dificuldade é definir qual o problema que as tecnologias reprodutivas visam solucionar, se é contornar a ausência involuntária de filhos ou simplesmente remediar uma doença (infertilidade) no sentido médico. A questão é interessante porque tem repercussões na determinação do conteúdo de uma possível proteção à liberdade reprodutiva pelo ordenamento jurídico. Mais adiante, ao analisar se e em que medida o ordenamento jurídico brasileiro confere proteção à liberdade reprodutiva, voltaremos ao tema.

⁸³ Contrapondo-as às tecnologias mais simplificadas (*soft-tech*) como as contraceptivas, contraceptivos de emergência (pílula do dia seguinte) e aborto seguro.

uma questão de controle humano, expertise técnica e, principalmente, uma questão de escolha.

As críticas que podem ser feitas ao enquadramento jurídico da reprodução em termos de “liberdade” e “autonomia” reprodutiva são diversas e abrangem tanto os aspectos da liberdade de não procriar como a liberdade de procriar. Para fins de didática na exposição, tais críticas foram reunidas em três grupos: 1) as que procuram demonstrar sob o ponto de vista social e antropológico que as decisões reprodutivas nem sempre são fruto da escolha dos indivíduos; 2) aquelas que, sob a perspectiva de gênero, questionam os discursos em torno da “liberdade” reprodutiva para reputá-los como mecanismos de controle do corpo feminino e do papel social da mulher na sociedade e 3) as que apontam as dificuldades impostas pelos sistemas jurídicos nacionais na regulamentação dos denominados “direitos reprodutivos” proclamados em âmbito internacional. A seguir, passa-se a analisá-las em sequência.

Correia (2001) indica vários fatores em sua obra pelos quais se poderia questionar o modelo de “comportamento reprodutivo ideal”, concebido como aquele em que as escolhas reprodutivas são frutos de um projeto, racionalização e escolha autônoma. Segundo a autora, é preciso levar em consideração que para muitas pessoas, sobretudo aquelas que se encontram nas camadas mais pobres da população, o que em países subdesenvolvidos como o Brasil pode representar a maioria, a procriação não aparece como “projeto voluntarista devidamente controlado”, pois devido à falta de acesso à saúde e a outros direitos básicos a possibilidade de fazer projetos desse tipo não está disponível para esses indivíduos:

A ideia de liberdade para decidir sobre o comportamento reprodutivo subtende o exercício de amplos direitos, no qual a possibilidade de controle da fecundidade se liga ao exercício de uma sexualidade não só gratificante mas também segura do ponto de vista da saúde; implica o acesso a informação e métodos de regulação da fecundidade, ou seja, a serviços de saúde nem sempre disponíveis em nosso país. (CORREIA, 2001, p.42)

Esse argumento é confirmado por Luna (2007) em seu estudo sobre as percepções das usuárias dos serviços de reprodução assistida no Brasil:

A família se constitui em função dos filhos: entre as mulheres das camadas médias o modelo de maternidade é de projeto, ao passo que entre mulheres das camadas populares a maternidade é destino inevitável e desejado. Nas camadas médias, o filho é o projeto do casal. Já nas camadas populares, valoriza-se muito a presença de crianças em casa, circulando como bens preciosos entre os consangüíneos de uma mesma família extensa. (LUNA, 2007, p. 266)

Franklin e Roberts (2004) e Correia (2002) também criticam o apelo à liberdade para defender o uso das tecnologias de reprodução assistida quando constatado em seus estudos, envolvendo usuários da técnica, que a experiência da infertilidade ao contrário de gerar um

senso de escolha, produz a sentimento de impotência, de perda de controle e de ausência de liberdade para construir um projeto parental: “a impossibilidade de procriação é um obstáculo grave ao projeto de vida das pessoas. A constatação dessa impossibilidade opõe-se às idéias de liberdade, livre arbítrio e controle individual na formação das famílias” (CORREIA, 2001).

Correia adverte ainda que na sociedade moderna, a medicina constitui, ao lado de outras formas de saberes, um modelo de disciplina de conduta e de formação de individualidades, não encontrando “um indivíduo autônomo sobre o qual agir” (CORREIA, 2001, p.28), mas um indivíduo já influenciado e configurado, cuja subjetivação fora forjada pela internalização dos significados criados pela própria medicina sobre o cuidado de si e o sofrimento causado pelas doenças. Dessa forma, para Correia, a demanda por filhos não viria propriamente do desejo natural pela descendência, mas teria sido criada pelo próprio desenvolvimento das tecnologias de reprodução assistida.

Analisando alguns documentários veiculados pela BBC⁸⁴ na década de oitenta do século passado sobre a reprodução humana, Franklin (1995) aponta uma importante representação social na narrativa midiática sobre os fatos da procriação: a tecnologia reprodutiva emerge como meio de aperfeiçoar a natureza, onde esta falha é preciso “dar uma mãozinha”. A crença na cooperação entre tecnologia e natureza é fundamental para legitimar a aceitação social das tecnologias reprodutivas.

A metáfora de que a tecnologia estava dando uma mãozinha à natureza passou a simbolizar o próprio papel da medicina reprodutiva, percebido como o de assistir a mulher em seu natural destino à procriação (HAKER, 2006)⁸⁵. Essa naturalização do desejo feminino por filhos foi pressuposta em muitos debates em defesa das tecnologias reprodutivas entre 1970 e 1980 (HAKE, 2006) e também motivo de críticas por parte de algumas autoras feministas, como registraremos mais adiante.

O desejo de ter filhos se consolidou como significado social simbólico legitimador das inovações biotecnológicas relativas à reprodução humana e como categoria central para os estudos de diferentes abordagens sobre a reprodução assistida. Ter filhos e constituir família são projetos altamente valorizados nas sociedades contemporâneas, como elucida Correia:

⁸⁴ São referidos pela autora os documentários intitulados “O Mundo do feto” e “Agonia e Êxtase”, ambos veiculados em 1988.

⁸⁵ O que resta bastante evidente no discurso proferido pelo médico Patrick Stephoe, um dos participantes da equipe responsável pelo primeiro bebê de proveta do mundo: “[...] é um fato que exista uma pulsão pela reprodução. As mulheres que negam essa pulsão, ou aquelas que frustam essa pulsão, mostram distúrbios de alguma maneira [...]” (APUD DINIZ, 2002, p.15).

Atualmente, a procriação se liga não apenas á ideia de felicidade, mas também a ideia de êxito pessoal. Nesse sentido, na maternidade e na paternidade são mobilizados traços arraigados das identidades individuais e sócias dos sujeitos humanos. Por tudo isso, é possível afirmar que a impossibilidade de reprodução biológica fragiliza de forma importante homens e mulheres, particularmente aqueles que se encontram em união. (CORREIA, 2001, p. 72)

Seja sob a perspectiva da naturalização ou da “pulsão” feminina pela reprodução, seja pela importância social da maternidade/paternidade para a construção das subjetividades individuais nas sociedades contemporâneas, o desejo de ter filhos aparece assim, como fundamento da aceitação e promoção das tecnologias de reprodução assistida, reforçando ao mesmo tempo as pressões sociais sobre a mulher para reproduzir (CORREIA, 2002).

O que também resulta comprovado nos estudos de Luna (2007). Ao indagar as usuárias dos serviços de reprodução assistida acerca do motivo pelo qual elas gostariam de ter filhos, a autora obteve respostas do tipo: “para realizar o sonho de toda mulher” e “já chegou o tempo de ter filhos”, as quais segundo a autora indicam o quanto a maternidade é percebida pelas próprias usuárias como condição essencial da identidade feminina. A dificuldade em ter filhos, além do sentimento de incapacidade, gera cobrança e pressão familiar e social sobre a mulher (LUNA, 2007).

A nosso ver as críticas desse grupo não impedem que as decisões reprodutivas possam ser vistas, com reservas, como fruto de escolha pessoal ou familiar e que mereçam proteção jurídica contra intervenção do Estado e de terceiros.

Como Correia e Luna mesmo demonstram, ter filhos segue sendo um projeto parental para as pessoas de camada média. O fato de que para as pessoas de camadas mais pobres a procriação se apresentar ainda como uma fatalidade pode ser evidência, como Correia mesmo ressalta, de que a falta de exercício de outros direitos básicos, tais como educação e profissionalização, amplo acesso à informação e aos meios contraceptivos, escassa oportunidade de emprego e perspectiva de vida social (especialmente para meninas e mulheres das camadas mais pobres), crie um ambiente desfavorável para muitas delas construírem projetos de vida como um todo, inclusive o de racionalizar sobre o momento ideal da reprodução, sobre quantos filhos poderão responsabilmente educar e qual o espaçamento ideal entre os nascimentos. Na verdade, as contatações das autoras, longe de afastar a construção do fenômeno procriativo como uma questão de escolha nas sociedades contemporâneas ocidentais (dentre elas a brasileira), comprovam apenas que o exercício efetivo das liberdades necessita de alguns pressupostos ou condições de possibilidade, tais

como os direitos sociais que assegurem prestações materiais por parte do Estado⁸⁶ (ALEXY, 2002; PONTES DE MIRANDA, 2002; RUZYC, 2011).

Por outro lado, é preciso reconhecer que a ênfase no desejo de ter filhos, seja resultante dos discursos acerca de sua naturalização ou de sua valorização social como importante elemento de constituição de identidades e subjetividades modernas tanto do homem como da mulher, gera certa pressão sobre a manifestação da vontade das mulheres em optar pelos procedimentos disponíveis de reprodução assistida. Como identificou Luna (2007), as usuárias além de exporem uma percepção pessoal de sua identidade associada à maternidade, relataram que sofrem constantes pressões para terem filhos seja dos companheiros, dos familiares mais próximos e até de colegas de trabalho.

A crítica é procedente se, ao falar em “autonomia reprodutiva” se estiver referindo a um conceito de autonomia do sujeito, muito difundido no início da idade moderna, e que fora forjado na supervalorização do sujeito racional cartesiano e na desvinculação kantiana do sujeito de seu corpo, de seus vínculos sociais e de suas emoções (TAYLOR, 2010). Se o sujeito, ao contrário, for compreendido como alguém cujo pensamento é “em geral, incorporado, dialógico, insuflado de emoção, e reflita os modos de nossa cultura” (TAYLOR, 2010, p.102-103), as pretensões e expectativas de uma vontade “livre e autodeterminante” serão bem menores⁸⁷. Nesse sentido, devemos admitir que não apenas os condicionamentos

⁸⁶ Como já ensinava Berlin (1971), liberdade não se confunde com igualdade, equidade ou justiça e, inclusive as sociedades livres – que prezam politicamente por espaços de não interferência do Estado e de terceiros em suas decisões privadas – podem ser profundamente injustas, desiguais e mesmo imorais. No país, alguns autores, utilizam os termos liberdade “social” ou “substancia/material” para se referir as condições materiais necessárias para o exercício da liberdade (RUZYC, 2011), contudo, a posição de Pontes de Miranda no sentido de não aceitar a distinção entre liberdade “formal” e “material” (no sentido de condições de igualdade) parece mais compatível com as advertências de Berlin (1971). A liberdade protegida juridicamente, em forma de direito subjetivo, é sempre material, é a liberdade das pessoas “para seus fins, para seus pensamentos, para sua locomoção, para sua realização, para a realização de seus ideais – para o que se refere à sua pessoa.” (PONTES DE MIRANDA, 2002, p.391) O material apenas indica que os direitos de liberdade devem ter um conteúdo, não se trata de liberdade para fazer qualquer coisa, mas algo protegido pelo ordenamento jurídico, não significando a existência de condições materiais de igualdade para o exercício efetivo de tais liberdades: se o indivíduo tem liberdade de beber um bom vinho, mas não tem como pagá-lo “isso nada tem com a liberdade. Pertence à dimensão da igualdade. [...] Se a liberdade precisa de ‘meios’ para que o indivíduo possa ter a vantagem de exercê-la, é que a liberdade precisa da igualdade. Mas uma vez se tem a prova de que nenhuma basta, sozinha, às leis que hão de reger os homens. É aumentando a igualdade, fazendo-a material, que o indivíduo (que já tem a liberdade) poderá beber o bom vinho [...]” (PONTES DE MIRANDA, 2002, p.391). Essa inclusive é a fundamentação da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, direitos de primeira geração (liberdade públicas, civis e políticas) necessitam dos direitos de segunda geração para serem exercidos (direitos sociais econômicos e culturais) (PIOVESAN, 2002).

⁸⁷ Como ensina Taylor (2010, p.104): “[...] o ideal da razão desengajada deve ser considerado precisamente um ideal e não como um retrato da intervenção humana como realmente é. Somos agentes corporificados, vivendo em condições dialógicas, habitando o tempo de uma maneira especificamente humana, isto é, dando sentido a nossa vida como uma história que liga o passado do qual viemos a nossos projetos futuros. Isso significa que, se pretendemos tratar de maneira adequada um ser humano, temos que respeitar essa natureza corporificada dialógica e temporal.”

culturais conformam os desejos e as decisões reprodutivas⁸⁸, mas também a própria natureza do ato procriativo – a necessidade de gametas de dois indivíduos de sexo diferentes, problemas de infertilidade ou de idade avançada, por exemplo, no caso das mulheres menopausadas – atenua a ideia de que decidir ter filhos, ao contrário da decisão de evitá-los, seja um ato simplesmente resultante da vontade individual.

Na verdade, as constatações das autoras sobre as pressões e expectativas sociais sobre o projeto de ter filhos atingem uma determinada concepção de liberdade, denominada por alguns filósofos⁸⁹ de liberdade positiva ou autodeterminante ou simplesmente autonomia⁹⁰.

Na clássica acepção de Berlin (1971), a liberdade positiva deriva do desejo individual de ser o seu próprio mestre, de ser dirigido por si mesmo, de atuar de forma consciente, racional e não ser instrumento ou marionetes dos outros, de forças da natureza ou de seus próprios instintos e impulsos. Como descreve o autor, o significado da liberdade positiva tomou rotas diferentes a depender da corrente filosófica e política adotada e sinteticamente pode ser confundida com as ideias de autonomia, autodireção, autocontrole, domínio próprio, autorrealização, serenidade e autoabnegação⁹¹.

⁸⁸ Já alertara Correia (2001, p.36): “[...] desejar ter filhos – por que, quantos, quando – é algo que responde a normas sociais diferentes segundo países, regiões, classes, posição familiar dos indivíduos, época histórica etc e cujo significado simbólico varia igualmente [...]”.

⁸⁹ Conferir, por exemplo, Berlín (1971) e Bobbio (1993).

⁹⁰ Honneth (2015), ao contrário de Berlín e Bobbio prefere utilizar o termo liberdade reflexiva. Para o autor, as concepções que desenvolveram o conceito de liberdade reflexiva tiveram origem ainda em Rousseau que afirmava não ser o indivíduo livre se suas ações fossem movidas apenas por desejos, apetites, paixões ou necessidades naturais. Para ser livre, o indivíduo deve agir conforme às leis que sua própria vontade determinou, sem influências externas (HONNETH, 2015). Posteriormente, Kant desenvolveu o conceito de vontade livre como sendo a “vontade submetida a leis morais”, uma capacidade pressuposta a todos os seres racionais “de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma por objecto como lei universal” (KANT, 2007, p. 94). A liberdade da vontade configura a autonomia dos seres racionais e só pode existir como decorrência exclusiva da razão prática, visto que as ações realizadas pelo impulso, pelas necessidades naturais, pelas emoções, pela utilidade que dela se obtém não seriam consideradas autônomas, mas sim heterônomas (KANT, 2007, p. 85): “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, *em qualquer outro ponto* que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objectos, o resultado é então sempre *heteronomia*”. O conceito positivo de liberdade pressupõe, assim, a capacidade que todos os seres racionais possuem de agir conforme uma vontade autônoma que obedece apenas às leis impostas pela razão, tal como a do dever moral de somente agir se sua ação passar pelo teste da universalização; “O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”.

⁹¹ Mesmo que se reconheça como legítimo, como também o faz Berlin, o desejo humano em busca da liberdade positiva, é muito difícil aceitar sua existência prática em termos absolutos, a menos que se parta de uma visão redutora e dualista da própria humanidade. Conceber a existência de um *self* racional, independente de seu corpo, da sua linguagem, da sua cultura, da sua sociedade e de sua família que age de forma totalmente desvinculada obedecendo apenas às leis da própria razão, é desconsiderar a fusão irreversível desse mesmo *self* racional com o *self* empírico, produto das forças biológicas e físicas da espécie e, ao mesmo tempo, um *self* formatado no seio familiar, inserido em uma cultura e em uma sociedade específica. Isso não significa assumir que as aspirações de liberdade positiva sejam impossíveis de se realizar em alguma medida por conta de toda a sorte de determinismos sociais, naturais, genéticos e até psíquicos, mas sim partilhar de uma concepção de liberdade

Em Bobbio (1993), e à semelhança de Berlin, a liberdade positiva é vista como a capacidade de determinada pessoa de agir movida por sua própria vontade e não ser determinada pela vontade de outros, ou seja, seria a capacidade de “autodeterminar-se” ou simplesmente a “autonomia”. Nesse sentido, a liberdade positiva poderia ser vista como uma qualificação da vontade, uma liberdade do querer, o qual *“no está determinado por el querer de los outros o, más em general, por fuerzas extrañas a mi mismo querer”* (BOBBIO, 1993, p.103).

Se de fato as decisões reprodutivas são tomadas em meio a condicionamentos culturais que constroem as representações subjetivas sobre o desejo de ter filho e que, por outro lado, podem provocar pressões sociais sobre as decisões procriativas das mulheres ou dos casais, a pressuposição da vontade autônoma, livre de influências externas deve ser questionada⁹².

As críticas, entretanto, não impediriam a configuração da liberdade reprodutiva como categoria jurídica. Como ensina Bobbio (1993, p. 100), as liberdades civis consagradas pelo direito *“representan el resultado de um lucha contra impedimentos precedentes”*, ou seja, se apresentam como liberdades negativas⁹³, como direitos a não impedimento e a não coação por parte do Estado⁹⁴.

Ferrajoli (2014) adverte que embora a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva na filosofia seja fecunda, no discurso jurídico ela não faz muito sentido, porque as duas ideias coincidem sob o ponto de vista do direito positivo⁹⁵. Obviamente, se existe a

positiva menos exigente do que propõe as autoras no texto. Nas lições de Morin (2003) e May (1987), esse tipo de liberdade deve ser concebido sempre como liberdade/autonomia dependente.

⁹² Mackenzie e Stoljar (2000) criticam fortemente alguns conceitos de autonomia que pressupõe uma visão de ser humano independente, autosuficiente, cujo único propósito é a realização da sua individualidade. Esse tipo de visão, segundo as autoras, além de pressupor equivocadamente o sujeito isolado no mundo (que se vê e constrói sua identidade fora dos vínculos sociais) exige independência de outros valores substantivos importantes que surgem particularmente das relações interdependentes, como lealdade, amizade, responsabilidade, cuidado e confiança. A autonomia, como ideal importante a ser preservado pela modernidade, só poderá subsistir se for reconstruída a partir da convicção de que pessoas são socialmente inseridas e que suas identidades são forjadas no contexto das relações sociais e de um complexo de determinantes sociais tais como raça, classe social, gênero e etnia, só podendo ser compreendida em forma de um conceito relacional (autonomia relacional).

⁹³ Para Bobbio, a melhor forma de ver a distinção entre liberdade negativa (referida ao campo de ação do sujeito sem impedimentos ou coação) e liberdade positiva (capacidade de ser dono de si mesmo e de determinar a própria vontade) seria considerando a primeira como liberdade da ação e a segunda como liberdade do querer; *“la libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”* (BOBBIO, 1993, p.102). De fato, o autor integra as distinções anteriormente incorporadas por Berlin (1971): a liberdade negativa é a área de atuação do indivíduo sem interferência dos outros, envolvendo a pergunta “qual área da vida das pessoas deve ser reservada para que elas possam, sem interferência de terceiros, e conforme suas capacidades, escolher fazer e ser?” Enquanto a liberdade positiva, envolveria a pergunta “o que ou quem é a fonte do controle ou da interferência do meu agir e do meu ser?”.

⁹⁴ No mesmo sentido, Alexy (2002, p. 225): *“Toda libertad iusfundamental que existe em relación com el Estado está protegida directa e subjetivamente, por lo menos, por um derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello para lo que tiene libertad iusfundamental.”*

⁹⁵ Note-se que a crítica do autor considerando a distinção inócua (ao menos quando a liberdade positiva for concebida como a liberdade do querer, interna, psíquica) com a qual compartilhamos, não impede que a

proteção jurídica do não impedimento e da ausência de coação estatal para a prática de determinadas condutas, a possibilidade para autodeterminar-se (liberdade positiva) também estará protegida implicitamente⁹⁶. Em outras palavras, se gozo de liberdade religiosa assegurada por determinado ordenamento (liberdade negativa), também tenho o direito de eleger a religião que professo por minha própria vontade, sem interferência da vontade de terceiros (liberdade positiva) (FERRAJOLI, 2014).

Embora a mudança de paradigmas jurídicos, como a evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, tenha provocado alteração no papel do direito nas sociedades contemporâneas, o qual nesse contexto passa a proporcionar mecanismos que asseguram condições materiais necessárias ao exercício em igualdade das liberdades⁹⁷ - no sentido de alcançar a autonomia real dos indivíduos -, é preciso reconhecer que nem sempre a liberdade em sentido positivo, o autodeterminar-se ou a liberdade do querer, possa ser inteiramente garantida pelo direito⁹⁸.

Parafraseando Bobbio, podemos gozar de liberdade reprodutiva, sem, no entanto, ter elegido livremente reproduzir, seja porque nossas decisões foram pautadas em normas sociais

distinção entre liberdade negativa e positiva seja introduzida no discurso jurídico e assuma diferentes sentidos, sem, contudo, romper complementamente com as ideias filosóficas e políticas analisadas por Berlin. Como ilustra Fabre-Magnan (2019), no direito francês a liberdade sempre fora definida tecnicamente a partir de uma perspectiva negativa (faculdade de não agir) e outra positiva (faculdade de agir). Na análise do autor, as liberdades fundamentais foram inicialmente concebidas como ausência de constrangimento e coação, no sentido próprio de liberdade negativa de Berlin, mas nos últimos anos, o desenvolvimento de um direito geral de liberdade – notadamente em decorrência da jurisprudência de cortes constitucionais nacionais e do tribunal europeu de direitos humanos – como um direito geral à autodeterminação ou faculdade de cada um de viver sua própria vida como quiser, tem introduzido também uma noção de liberdade positiva que remete às ideias analisadas por Berlin. Quando transposta para o direito, a oposição entre liberdade negativa e liberdade positiva ainda pode ser associada respectivamente com os conceitos de direitos de liberdade e de autonomia da vontade (FERRAJOLI, 2014). Essa correlação, segundo o autor, apenas dificulta a distinção jurídica entre direitos de liberdade e autonomia privada, termo que no direito assume uma conotação diferente do que aquela atribuída pelo conceito de liberdade positiva na filosofia, tal como veremos mais adiante.

⁹⁶ Como afirma Ferrajoli (2014, p. 305): “*Si en cambio hablamos de las dos libertades en términos homogéneos, con referencia en ambos casos al derecho positivo, es decir, en sentido (no moral sino) jurídico, la <<libertad>> (o «libertad negativa») jurídicamente tutelada implica la «autonomía» (o <<libertad positiva») también tutelada jurídicamente, y viceversa. En otras palabras, las dos libertades coinciden jurídicamente.*”

⁹⁷ Na lição de Paulo Lobo (2011, p. 44): “A Constituição do Estado Social, além das funções clássicas de organização do Estado, delimitando o poder político, e de garantia das liberdades individuais, incorporou outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social. [...] Não apenas os poderes públicos necessitam de controle, mas também os poderes privados, principalmente com a magnitude de megaempresas atuais e com a realidade dos contratantes juridicamente vulneráveis, assim considerados pelo direito.”

⁹⁸ Embora existam recursos jurídicos que tendem a promover o exercício da liberdade em sentido positivo, tais como o rol de direitos sociais, assim como a mudança nas relações de direito privado tais como assinaladas por Lôbo (2011), a liberdade positiva exige uma capacidade moral interna, uma capacidade para autolimitar-se (FERRAJOLI, 2014) ou para obedecer apenas à lei moral da razão (KANT, 2007), condição esta que não pode ser alcançada inteiramente por instrumentos jurídicos. Cumpre registrar também que nessa acepção de liberdade do querer, a liberdade positiva assume uma dimensão interna, uma aptidão psíquica, da qual – como já advertia corretamente o constitucionalista pátrio Silva (1998) – não pode se ocupar o direito. O que interessa sob o ponto de vista jurídico é a liberdade externa ou objetiva que, em suas palavras, “consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente.” (SILVA, 1998, p.234).

internalizadas passivamente (papel da mulher é ser mãe), seja porque foi resultado das pressões do companheiro (a), da família, da igreja, do médico, da mídia e até do mercado. A questão principal, a nosso ver, não é se o direito pode assegurar a liberdade reprodutiva, tendo em vista que em muitos casos não existe “autodeterminação” das pessoas envolvidas, mas se a proteção jurídica, à medida que amplia os espaços de proteção e de não intervenção estatal (liberdade negativa) sobre questões reprodutivas não afetaria, até mesmo reduzindo, as chances das pessoas se autodeterminarem⁹⁹. E o que parece enfatizar as críticas do segundo grupo.

Dentre o segundo grupo de críticas, encontram-se algumas autoras feministas para as quais a reprodução assistida, ao invés de incrementar a autonomia das mulheres em questões reprodutivas, é mais um mecanismo de controle do corpo feminino, notadamente de controle médico, que reduz de forma acentuada a liberdade reprodutiva da mulher e reforça as atitudes negativas em relação à mulher infértil (HENNETTE-VAUCHER, 2009; CORREIA, 2001; ANDREWS, 2006)¹⁰⁰.

Se a intervenção da medicina reprodutiva se justifica por atender a um desejo natural ou sociocultural de ter filhos, de reproduzir-se e constituir família (CORREIA, 2001), não seria ela mesma em certo sentido um instrumento a serviço da norma social que impõe às mulheres o dever de procriar?

Sob um ponto de vista ainda mais radical, González Moreno (2015) põe em dúvida o fato de qualquer categoria jurídica criada para resguardar a autonomia reprodutiva das mulheres vir realmente a promovê-la. Para a autora, o controle da reprodução e do corpo feminino sempre fora explícito no direito ocidental moderno: criminalização do aborto, políticas pro-natalistas, prêmios de maternidade, subsídio familiar, despedida da mulher do

⁹⁹ Essa é uma questão que nos remete novamente à tensão dialógica entre direito e liberdade, bem ilustrada na obra de Rodotà (2009): o equilíbrio entre o direito e não direito não pode ser decidido de forma binária: na forma de proibido ou permitido, pois à medida que os espaços vazios de regulação podem deixar a pessoa sujeita a outros tipos de poderes como, por exemplo, os poderes privados citados no texto, o excesso de regulação pode minar o espaço necessário para livre configuração da pessoa conforme seus valores, suas crenças, suas ideologias, podendo em casos de profunda divergência moral e ética, “[...] *la imposición mediante normas jurídicas de una verdad indiscutible*” (RODOTA, 2010, p. 32) resultar em direito de caráter autoritário e não democrático.

¹⁰⁰ Segundo Diniz (2002, p.16), “para o feminismo radical as tecnologias reprodutivas são estratégias de controle da sexualidade, de opressão do corpo feminino e de promoção das ideologias patriarcais que confinam as mulheres no papel de mães e cuidadoras” e “que vulnerabilizam as mulheres incapazes de gerar filhos biológicos, para vender sua mercadoria”. Reconhece Franklin (1995) que, ao contrário do que acontece com a defesa da autonomia reprodutiva em sua primeira fase (contracepção e aborto), tanto a teoria como a organização política dos movimentos feministas relativos à reprodução assistida estão divididos, sendo muito difícil identificar e formular estratégias feministas de resistência. No mesmo sentido, Andrews (2006) e Diniz (2002), apontando as divergências entre as correntes feministas, ora criticando ora em defesa das tecnologias reprodutivas como meios de “emancipação” feminina.

trabalho, proibições de práticas anticoncepcionais¹⁰¹. Nem mesmo a permissividade legal no tocante ao aborto e aos contraceptivos pode ser vista como instrumento de liberação feminina¹⁰², pois o sistema jurídico visto sob uma perspectiva masculina tenderá a reforçar o papel feminino da maternidade, a controlar a reprodução, sendo ineficaz para realizar mudanças nas relações de poder existente entre homens e mulheres (GONZÁLEZ MORENO, 2015).

Se admitido que os espaços de liberdade negativa assegurados pelo direito podem deixar os indivíduos à mercê de outros poderes privados, tal como adverte Rodotà (2010) as críticas feministas no tocante à redução da autoderminação feminina no campo da reprodução assistida devem estar corretas. Tome-se, por exemplo, uma prática de doação de óvulos “à brasileira”, denominada de “doação compartilhada”, adotada pelas clínicas de Reprodução Assistida no país, pela qual uma mulher pobre que não pode arcar com os custos do tratamento “doa” seus óvulos à outra, denominada de receptora que ficará responsável por todos os gastos financeiros relativos aos dois tratamentos¹⁰³. A doação de gametas nesse caso não ocorre sem redução da autonomia (liberdade positiva) da “doadora”, posto que constitui uma condição para que ela tenha acesso ao tratamento¹⁰⁴.

A crítica feminista ao controle exercido pela tecnologia nos corpos e nas identidades das mulheres, contudo, não consegue explicar (apenas com apelo à falsa consciência) os motivos

¹⁰¹ Ao exemplo de países como Itália, Alemanha e Reino Unido (entre os anos de 1918 a 1940), visando aumentar o número de soldados e Espanha (entre 1900 a 1929). González Moreno lembra ainda a outra face do controle reprodutivo: o controle de natalidade e planejamento familiar como imposições de práticas eugênicas nas primeiras décadas do século XX que acompanharam as políticas públicas nos Estados Unidos e na Alemanha (GONZÁLEZ MORENO, 2015, p. 60).

¹⁰² Segundo González Moreno (2015), o movimento de liberação feminina fulcrado no direito de desfrutar do prazer sexual e de dispor do seu próprio corpo, sem considerações sobre a maternidade responsável, amplamente defendido pelo feminismo radical das décadas de setenta e oitenta – para o qual a maternidade representava um lugar de opressão e de alienação das mulheres – contribuiu ao mesmo tempo para reforçar o controle da sexualidade feminina em prol do prazer masculino e para se evitar uma reconstrução do conceito de autonomia das mulheres em questões reprodutivas.

¹⁰³ A doação compartilhada tem o aval da Resolução n. 2168/2017 do Conselho federal de Medicina que assim dispõe em seu título IV (da doação de gametas), no item 9: “É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA.”

¹⁰⁴ Admitimos, assim, que embora liberdade negativa e liberdade positiva possam ser vistas como dimensões complementares essenciais a um conceito plural de liberdade como propõe Ruzyc (2011) ou para uma situação total de liberdade a que se refere Alexy (2002), essas duas perspectivas podem estar em tensão, tal como exemplificado no texto: a ausência de impedimento para a prática da doação de óvulos compartilhada pode constituir por si só em um condicionamento da capacidade da doadora para se autodeterminar. Essa tensão revela, como sublinha Rodotà (2010), que ausência ou o vazio do direito pode resultar na sujeição das pessoas a outros tipos de poderes privados, afetando sobremaneira sua capacidade de autodeterminar-se ou em alguns casos, nas palavras do autor, “*puede dar paso a la expansión de las demás formas de violència*”(RODOTÀ, 2010, p.37).

que levam tantas mulheres a buscar o auxílio da reprodução assistida em caso de infertilidade. Como indaga Luna:

Por que tantas mulheres inférteis buscam esses meios para serem mães por meio da gravidez, em vez de resolver a falta de filhos com a adoção? Por que ter filhos dessa forma, com alto ônus financeiro, riscos e custos físicos e psicológicos? Como experimentam um tratamento que não cura a infertilidade e que proporciona filhos independentemente da relação sexual do casal? (LUNA, 2007, p.18)

A resposta como supõe e comprova Luna é que a busca pelo filho genético está mais associada ao o forte sentimento de pertença que resulta da troca de substância entre os pais e o filho, o que pôde ser constatado pela autora inclusive nos casos de usuárias entrevistadas que já tinham tido filhos de outros relacionamentos. Nesses casos, “[...] as motivações se relacionavam à constituição do parentesco: o desejo de ter filhos do novo casal, que concretizasse a comunhão de substância de ambos, assinalando o amor conjugal.” (LUNA, 2007, p.267).

Mais do que o cumprimento do dever para com a espécie ou para com a sociedade, o desejo pelo filho genético revela uma dimensão moral na busca pelo vínculo da hereditariedade (LUNA, 2007). Nesse sentido, a reivindicação de uma liberdade no âmbito jurídico que permitam as pessoas buscar a realização de seus valores morais e crenças no espaço privado de convivência, sobretudo, familiar, faz todo o sentido. O que não se pode esperar do ordenamento jurídico em realidade é que o mesmo seja capaz de operar grandes transformações nas relações de poderes de fato, alterando de forma revolucionária as relações seculares de dominação de gênero¹⁰⁵.

O último grupo de críticas dirige-se às dificuldades encontradas nos ordenamentos jurídicos nacionais para realizar os direitos reprodutivos mencionados em documentos internacionais.

Segundo Widdows (2006), não obstante a introdução da nomenclatura dos direitos reprodutivos no plano internacional por meio das duas conferências e o reconhecimento em ambas da necessidade de se garantir por meio de políticas públicas o exercício desses direitos às mulheres, a ausência de previsão expressa na Declaração Universal de Direitos Humanos,

¹⁰⁵ Concepção já exposta sobre os antagonismos e complementaridades entre liberdade e direito. Ilustramos aqui com a concepção de Rodotà (2010), para quem também o direito “*queda, entoces, apresado entre liberación y compulsión, prisionero de esquemas que ocultan su complejidad, com rechazos y aceptaciones ni siempre motivados*” (RODOTÀ, 2010, p. 27). Em outra passagem o autor é ainda mais enfático sobre essa tensão entre liberdade e dominação presentes na função do direito enquanto instância de disciplina social de condutas: “[...] diremos que el derecho defiende, en absoluto y siempre, valores o, más bien, que puede ponerse al servicio de los peores instintos, más aún, que el próprio derecho puede despertarlos, creando oportunidades que, de lo contrario, no llegarían a manifestarse?” (RODOTÀ, 2010, p. 64).

na Convenção Europeia ou Interamericana de Direitos Humanos ou em outras convenções suscita ainda muitas dúvidas sobre a categoria dos direitos reprodutivos como direitos humanos. A autora ressalta que não existe um consenso no âmbito europeu sobre a definição dos direitos reprodutivos, embora haja a preocupação com a saúde reprodutiva, “não está claro o que são os direitos reprodutivos, quem é responsável por prestá-los ou ainda a quem eles pertencem – são os direitos reprodutivos por definição direitos de gênero ou abrangem igualmente homens e mulheres? (WIDDOWS, 2006, p. 2, tradução livre)¹⁰⁶.

Outro ponto de permanente controvérsia sobre os direitos reprodutivos é sua oposição aos direitos do embrião ou do feto (WIDDOWS, 2006). A igualdade social e econômica da mulher assim como sua “autonomia reprodutiva” desaparece quando o foco da preocupação legal e ética é o status jurídico ou moral do embrião e do feto. Enquanto a discussão jurídica estiver centrada na figura do embrião (inclusive do concebido *in vitro*) como pessoa ou na proteção absoluta da vida humana antes do nascimento, desconsiderando-se por completo a dimensão de gênero envolvida, a mulher continuará sendo percebida como “meio (útero) para desenvolvimento de outra pessoa” (LUNA, 2002, p.71) e a reprodução permanecerá sendo vista como fato natural que exige o cumprimento de deveres e não de direitos (GONZALEZ, 2011).

Para Kenny (2006), o limitado reconhecimento dos direitos reprodutivos feito apenas nos textos das conferências e a contida referência ao aborto como questão de saúde pública tem sido uma dificuldade para se garantir o exercício desses tanto no plano nacional como internacional¹⁰⁷.

Segundo Casenino (2015), a forma das conferências internacionais instituírem a atenção a ser dada pelos Estados participantes aos direitos reprodutivos revelaram uma política internacional bastante ambígua: por um lado, é reconhecida de forma universal a necessidade

¹⁰⁶ Conferir no original: “[...] *it is not clear what reproductive rights are, who is responsible for providing such rights and even to whom they pertain - are reproductive rights by definition gendered or do they apply equally to men as to women?*” (WIDDOWS, 2006, p. 2)

¹⁰⁷ Constata, por exemplo, que a situação dos direitos reprodutivos na Europa Oriental tem se tornado cada vez mais problemática. Em países como Croácia, Sérvia e Polônia, a força dos movimentos nacionalistas, natalistas e fortemente influenciados pela Igreja Católica lograram aprovar legislações bastante restritivas ao aborto, até mesmo a Rússia, considerada a mais liberal nesse contexto, após aprovar o código de família em 2003, iniciou um processo de restrições legais ao aborto impondo barreiras para a interrupção da gravidez após doze semanas de gravidez e condições para a autorização como a permissão do médico e de uma organização local de bem estar social (KENNY, 2006). Registra ainda a autora que, na Europa ocidental, onde inicialmente houve uma progressiva liberação com exceção da Irlanda, no início desse século, começa a vivenciar uma série de restrições em vários Estados. Após traçar um panorama sobre o acesso ao aborto na Europa Oriental e Ocidental, a autora conclui em tom bastante pessimista: “*Today across Europe from Russia to Ireland, millions of women are denied a comprehensive reproductive health care service, including education and information. A dangerous trend has emerged where, under the influence of anti-choice, nationalist and religious movements, the right to abortion - a fundamental reproductive right - is being undermined.*” (KENNY, 2006, p.31)

de proteção da saúde reprodutiva das mulheres, mas por outro, admite-se a soberania dos Estados para delimitar a extensão dos direitos reprodutivos, situando no direito doméstico a solução para as práticas polêmicas como o aborto.

Essa mesma política fora adotada posteriormente nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) envolvendo demandas sobre violação do direito de acesso ao aborto em Estados com legislações proibitivas ou mais restritivas, como no caso representativo *A, B, and C v. Ireland*¹⁰⁸, por meio do qual a Corte firmou o entendimento de que as escolhas reprodutivas são matérias submetidas à soberania estatal e que “as decisões sobre direitos humanos nem sempre refletem os interesses das mulheres”, aplicando para este caso a tese da margem de livre apreciação estatal (COSENTINO, 2015, p. 575)¹⁰⁹.

Na visão de Hennette-Vaucher e Roman (2013), a conjugação de documentos internacionais e normas nacionais visou proclamar uma liberdade, um direito à informação e aos serviços médicos de saúde, aparentando transformar a procriação em uma questão de escolha, num ato de vontade que consiste em escolher entre diferentes opções disponíveis. A ideia de que a procriação representaria um domínio da liberdade de escolha da mulher, no entanto, apesar de frequente e até dominante no discurso jurídico europeu e, sobretudo francês, ainda é bastante controversa em outros países e, mesmo nos contextos em que politicamente é apresentada, é questionável quando confrontada com a realidade das legislações e das limitações sociais e biológicas impostas o processo reprodutivo.

Na França, embora a legislação permita o aborto voluntário nas primeiras dez semanas (desde 1975) e o aborto tardio por motivos médicos (desde 2011), ainda há muita resistência em considerar o acesso ao aborto como um direito subjetivo, sendo mais comum considerá-lo apenas como uma tolerância legal (HENNETTE-VAUCHER e ROMAN, 2013)¹¹⁰.

O discurso sobre a liberdade reprodutiva no âmbito das tecnologias de reprodução assistida, embora mais aceitável social e juridicamente do que as reivindicações da primeira

¹⁰⁸ A demanda fora proposta por três mulheres contra o estado da Irlanda onde o aborto é proibido, as quais alegavam violação dos direitos à vida privada, de constituir família, a vedação de tortura e de discriminação previstos na Convenção, sendo que a Corte, em 2010, considerou que não houve violação substancial a nenhum desses dispositivos convencionais (COSENTINO, 2015).

¹⁰⁹ Como pontua Cosentino (2015), a tese da margem de livre apreciação estatal, fundamenta na valorização da vontade democrática da comunidade assim como na ampla divergência moral sobre o início da vida humana e sua proteção jurídica, permitiu que a Corte se omitisse em interpretar com base dos direitos convencionais o direito ao aborto legal e seguro como um direito humano passível de controle pelo sistema geral de proteção dos direitos humanos.

¹¹⁰ Como já constatava Franklin (2010, p. 46): “*Famously, there is no country in the world where women have the legal right freely to make up their own minds about termination or continuatin of pregnancy. Thus, despite the emphasis by many modern democratic nations on the protection of various individual rights and freedoms, women’s reproductive righrts remain in a essentially pre-modern condition – a condition decried by both Firestone and Beauvoir as biological feudalism.*”

fase – como contracepção e aborto – sobretudo quando assume a forma de “direito à procriação” também é criticado quanto aos seus fundamentos.

Diniz (2002) ressalta um paradoxo interessante que emerge da legitimação social da reprodução assistida fundada no desejo universal de procriar (nesse caso quase uma necessidade): se o desejo natural ou social de ter filhos justifica o acesso à reprodução assistida, por que nem todas as pessoas poderão ter acesso a ela, já que existe em muitos ordenamentos um enquadramento específico desse desejo para que ele se torne legítimo: “mulheres reconhecidamente acompanhadas de companheiros masculinos” (DINIZ, 2002). Se for do desejo de ter filhos que as tecnologias reprodutivas retiram seu fundamento, o que impediria o acesso de pessoas solteiras ou casais homossexuais a essa técnicas? (DINIZ, 2002; CORREIA, 2001)

Esse paradoxo é constatado em algumas legislações, como a francesa, sobre reprodução assistida na qual os elegíveis ou candidatos a acessar essa tecnologia são casais heterossexuais com problemas de infertilidade. Nesse sentido, Hennette-Vaucher (2009) afirma que é muito difícil identificar no direito francês uma “autonomia reprodutiva” no sentido de gerar um direito à procriação ou o direito ao filho biológico, já que a definição legal das pessoas que podem ter acesso às tecnologias de reprodução assistida é muito restrita.

As críticas desse grupo revelam que a temática da “liberdade reprodutiva” no direito é muito controversa, repleta de ambiguidades e em alguns países pode mesmo ser configurada como uma questão subversiva¹¹¹.

Controversa porque em face do direito à vida e do estatuto jurídico do embrião, enfrenta sérios questionamentos sobre a existência de uma liberdade ou de um direito para dispor do “outro”, para tomar decisões que impliquem a disposição de sua vida ainda que em nome da qualidade de vida. Nesse aspecto, devemos admitir que para seguir falando em liberdade de não procriar a ponto de abranger a proteção da realização do aborto voluntário, primeiramente a questão do estatuto jurídico do embrião e do feto humano deve ser resolvido em cada ordenamento jurídico nacional.

As críticas quanto às dificuldades de implementação dos direitos reprodutivos no tocante ao acesso ao aborto voluntário pelos estados partes, contudo, não tem o condão de afastar a categoria da liberdade reprodutiva em si, já que seu núcleo permanece na definição

¹¹¹ No sentido utilizado no texto de Hennette- Vaucher e Roman (2013): subversiva porque afronta e se rebela contra uma norma biológica e, sobretudo social, cuja extensão alcança implicitamente os ordenamentos jurídicos: o dever de procriar. Nesse sentido, discutir sobre os valores, normas e conceitos em torno da procriação humana implicará inexoravelmente na revisão ou manutenção de determinados valores e normas regentes de instituições sociais básicas como a família, a paternidade/maternidade e a filiação, resultando na aceitação de modelos novos ou na manutenção apenas dos tradicionais.

não contestada dos direitos reprodutivos (“liberdade para decidir se, quando e quantas vezes reproduzir”). Elas evidenciam, por outro lado, as dificuldades para se definir a nível internacional o alcance dessa liberdade, já que a bandeira da “autonomia reprodutiva da mulher” no caso do aborto é ainda muito polêmica e subversiva em algumas sociedades. Preferiu-se enfrentar o aborto como questão de saúde pública e não como método de planejamento familiar, fruto da liberdade de não procriar.

Também revelam quão contraditório parece o discurso de fundamentação da liberdade reprodutiva. Em sua primeira fase, a liberdade de não procriar está repleta de apelo à autodeterminação feminina quanto ao seu corpo e à sua função reprodutiva, enfatizando-se a necessidade de se desvincular maternidade e identidade feminina. Enquanto na segunda fase, ao contrário, a liberdade de procriar se baseia na retórica do desejo, natural ou sociocultural, de procriar, atrelando paternidade e maternidade à construção da identidade das pessoas e reforçando a “necessidade” da procriação. O problema com esse último tipo de justificação, a qual a nosso ver é equivocada¹¹², é que além de impedir que se considere sobre a mesma proteção a liberdade de não procriar, ela não é compatível com as restrições impostas pela regulamentação jurídica da reprodução assistida em alguns países, como a limitação de acesso aos casais inférteis e heterossexuais.

Em virtude da diversidade de fundamentos entre os dois discursos, a liberdade de não procriar e a liberdade para procriar, surgem na literatura jurídica diversas nomenclaturas para expressar ora o desejo de não procriar, ora o desejo de procriar ou ambos por meio de uma mesma expressão.

Além da ausência de problematização entre os fundamentos opostos reivindicados sob uma mesma categoria “liberdade reprodutiva”, alguns estudos desconsideram a complexidade do fenômeno reprodutivo como evento biológico, sociocultural e subjetivo¹¹³.

¹¹² Como alerta Labrusse-Riou (2007), nem todo desejo ou poder humano pode ser considerado *a priori* como um direito. Nesse sentido, o desejo (natural ou sociocultural) de ter filhos por si só não poderia justificar a defesa da liberdade reprodutiva ou de um direito à procriação. As decisões reprodutivas devem ser protegidas pelo direito por seu importante vínculo com o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e com a liberdade de condução de sua vida privada e formação de sua teia de relacionamentos familiares (como defenderemos no último tópico do capítulo). Devem ser protegidas não apenas as escolhas por projetos parentais, mas a escolhas de vida sem esses projetos, comportando tanto a liberdade de não procriar, como a liberdade para procriar. Além disso, o discurso do desejo que transforma a procriação em um imperativo, além de reforçar os padrões de gênero que associam a identidade feminina com a maternidade não explica porque sua satisfação pode ser negada ou limitada pelo direito tendo em vista a existência de outros bens jurídicos a serem protegidos.

¹¹³ Além de um fenômeno instintivo, indelevelmente inscrito nas informações estruturais da espécie, cujo objetivo é sua própria sobrevivência e perpetuação sobre a face da terra (MORIN, 2003), é também rico em significado e representações por das quais as pessoas dão sentido às suas práticas e comportamentos nessas esferas de ação, podendo-se afirmar que tanto a sexualidade como a procriação não são apenas dados da natureza, mas construções sociais referentes a contextos culturais específicos (BOZON, 2004), cuja experiência individual passou, na modernidade, por um processo crescente de reflexão permitindo aos sujeitos interagir

A análise da trajetória do discurso sobre a liberdade reprodutiva nos permite indicar que o fato de a reprodução ser inexoravelmente um evento natural não significa que a humanidade não tenha tentado controlá-la, contê-la e mesmo imitá-la artificialmente retirando-a ainda que parcialmente do domínio da natureza. Métodos contraceptivos, seculares ou modernos, práticas abortivas, e as iniciativas mais audaciosas como o desenvolvimento de tecnologias de reprodução assistida contribuíram para atenuar a inevitabilidade do processo reprodutivo e sua inserção exclusiva no domínio das condições “naturais da espécie”.

Por outro lado, o entorno social do processo reprodutivo sempre fora marcado de significações simbólicas, conduzindo a procriação dentro dos limites de determinados padrões, os quais muitas vezes foram determinantes para a construção de outras esferas sociais como a sexualidade, a feminilidade e a definição dos papéis de gênero (BOZON, 2004). Nesse aspecto, a razão de ser do sexo dentro do casamento teve como propósito durante muito tempo a realização do dever de procriar, as mulheres foram socializadas para relações sexuais de reprodução e para a autorrealização por meio da maternidade, sendo a infertilidade ainda hoje um estigma social que põe em dúvida sua própria identidade como mulher (CORREIA, 2001).

A construção social do dever de procriar e de sua associação à sexualidade conjugal não foram, entretanto, impedimentos absolutos para que novas significações a respeito da procriação e da sexualidade fundadas na valorização do sujeito reflexivo e de suas reivindicações críticas acerca das representações tradicionais pudessem se desenvolver. Dessa forma, não apenas o fator biológico é atenuado novamente, a procriação passa a ser objeto de cálculo, racionalização e programação das pessoas, como também a norma social do dever de procriar sofre restrições¹¹⁴.

Como se percebe há uma interação contínua e indissociável desses três elementos (biológico, sociocultural e subjetivo) delimitadores dos conceitos, visões e percepções sobre o fenômeno reprodutivo sendo inadequado o seu compartimento com o objetivo de situá-lo em

ativamente com sua condição biológica e social, internalizando ou contestando certos padrões sociais impostos pela cultura.

¹¹⁴ Por outro lado, e apesar do crescente reconhecimento da presença do elemento racional e consciente sobre o desejo e a elaboração de um projeto parental, não se pode desconsiderar o fato de que a procriação como fenômeno biológico e natural que é, contém sempre o elemento acidental, excludente de toda racionalização, vontade ou desejo dos que se reproduzem. Procriar, portanto, nem sempre é uma questão de escolha (OVERALL, 2012). Como enfatiza Overall (2012), em alguns casos, a procriação resulta simplesmente da ausência de métodos contraceptivos – seja devido a um lapso no controle de natalidade, à indisponibilidade desses métodos ou mesmo à falta de consciência dos próprios indivíduos sobre a sua necessidade de sua utilização. Às vezes, pode decorrer do intercurso sexual voluntário no qual o método contraceptivo fora ineficiente ou utilizado de maneira inadequada, ou tragicamente, ser o resultado de um ato de violência (OVERALL, 2012).

apenas um desses âmbitos. A procriação é tanto um evento biológico, ainda predominantemente sujeita a leis da natureza, como uma prática social inserida numa série de representações e valores cambiantes histórica e culturalmente, ao mesmo tempo em que passa a ser um evento pessoal, passível de reflexão, planejamento, desejo ou rejeição por determinados sujeitos concretos¹¹⁵. Os limites de ordem natural ou sociocultural, porém, impedem sua inserção no domínio absoluto da vontade individual.

Além disso, a intrincada conexão entre procriação e o início da vida humana, bem como os valores sociais e normas jurídicas sobre a família, filiação, paternidade e maternidade e, ainda questões postas como o bem estar de futuras gerações advindas da reprodução assistida ou o melhor interesse da criança, advertem desde logo que qualquer reconhecimento jurídico de uma liberdade em matéria de reprodução resultará sempre em um enquadramento limitado das ações que possam figurar em seu âmbito de proteção.

2.2 Liberdade reprodutiva e seus correlatos: autonomia reprodutiva, direitos reprodutivos, direito à procriação e direito ao filho. A questão dos fundamentos da liberdade reprodutiva

As diferentes expressões utilizadas para enquadrar juridicamente a liberdade reprodutiva, tais como “autonomia reprodutiva”, “direitos reprodutivos”, “direito de procriar” e “direito ao filho biológico” é outra fonte de ambiguidades, que dificulta a identificação dos deveres do Estado e de terceiros em relação aos seus titulares. Embora todas essas categorias tenham um ponto básico em comum – a defesa da liberdade para tomar decisões reprodutivas – seus fundamentos são bem diversos e, em alguns casos, a nomenclatura se torna muito problemática.

Em Dworkin (2009; 2002), o direito de controlar sua própria reprodução, inclusive a decisão sobre que tipo de filho se gostaria de ter, se a tecnologia assim permitir, está protegido pelo princípio da autonomia procriativa. Como vimos no primeiro capítulo ao analisar a tese do autor, a autonomia procriativa além do fundamento moral – assentado na liberdade que as pessoas têm para autoconfigurarem suas próprias vidas de acordo com o que é importante e valioso para si mesmas –, tem base constitucional decorrendo do direito à

¹¹⁵ Compreender a influência conjunta e complementar desses fatores em torno do processo reprodutivo implica assumir a tensão e o antagonismo entre os mesmos, tal como descrito nas palavras de Morin (2003, p. 58): “*De este modo, la sociedad reprime, inhibe al individuo y el individuo aspira a emanciparse del yugo social. La especie posee a los individuos constrañedoles a servir a sus finalidades reproductoras y a dedicarse a su progenie, pero el individuo humano puede escapar a la reproducción al tempo que satisface su pulsión sexual, y sacrificar su progenie a su egoísmo. Individuo, sociedad, especie son de este modo antagonistas al tempo que complementários.*”

privacidade, do direito à liberdade religiosa e do devido processo legal previstos na constituição norte-americana.

A despeito da indefinição do termo “autonomia” empregado em sua obra, há passagens em que Dworkin parece estar se referindo à configuração de um direito à liberdade reprodutiva. Em uma dessas passagens, citando trechos do voto do juiz Brennan¹¹⁶ no caso *Eisenstadt v. Baird* (1972), ele enfatiza que as decisões reprodutivas, como decisões tão fundamentais e pessoais devem estar livres da intromissão estatal, assumindo nesse caso a defesa de uma liberdade reprodutiva negativa, pela qual se reivindica a ausência de impedimento ou coação estatal para os atos relativos à reprodução. Em outra passagem, Dworkin desenvolve a ideia de que o princípio da autonomia procriativa compreende o “direito das mulheres a decidir por si mesmas não apenas se vão conceber uma criança, mas também tê-la.” (DWORKIN, 2009, p.222), o que pressupõe também uma ideia de liberdade em sentido positivo, a liberdade para autoderterminar-se.

A expressão “direitos reprodutivos”, constante em documentos internacionais elaborados pelas Nações Unidas, exerceu um importante papel na introdução do tema da liberdade reprodutiva no discurso jurídico, impulsionando o debate nesse campo¹¹⁷. A ampliação do debate não significou, porém, a consolidação, nem a nível internacional nem a nível nacional dos Estados partes, dessa categoria jurídica, restando várias dúvidas sobre sua natureza, sua extensão e seu conteúdo.

Existe certo consenso internacional entre os Estados partes sobre a proteção da saúde reprodutiva, o qual resultou na elaboração de programas estatais sobre planejamento familiar, envolvendo distribuição de contraceptivos pela rede pública de saúde, a educação sexual no ensino regular e o acesso à informação sobre as formas de controle de fecundidade (WIDDOWS, 2006).

Na opinião de Piovesan (2002), contudo, os direitos reprodutivos devem ser compreendidos em seus dois aspectos diversos e complementares, não se tratando apenas de

¹¹⁶ “Se o direito à privacidade significa alguma coisa, trata-se do direito do indivíduo, casado ou solteiro, de estar livre da intrusão governamental em questões que afetam tão profundamente uma pessoa quanto a decisão de ter ou criar um filho” (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972, p. 453). Conferir no original: “*If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.*” Decisão disponível em: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep405/usrep405438/usrep405438.pdf>, acesso: 20/04/2019.

¹¹⁷ Vale ressaltar as contribuições anteriores de Dworkin (2009) e Robertson (1996), cujas teorias são voltadas para abordagem em termos de direitos, *rights-based* segundo Scott (2000), mas que se desenvolveram particularmente no contexto norte-americano. A indicação e definição dos direitos reprodutivos nos relatórios das conferências internacionais citadas amplia a discussão da liberdade reprodutiva no contexto europeu - Scott (2000), Widdows e Hather (2006) e também no Brasil – principalmente com Piovesan (2002).

direitos sociais relacionados com a saúde ou com a educação. A sua consagração em documentos internacionais revela uma perspectiva integradora e indivisível dos direitos humanos: por um lado, o livre exercício da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência, está relacionado com o exercício de direitos civis, como a autodeterminação, liberdade e privacidade. Por outro, exigem a elaboração de políticas públicas estatais que assegurem a liberdade reprodutiva e sexual, tais como “o direito de acesso à informação, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis” (PIOVESAN, 2002, p. 13), prevenção e tratamentos de doenças associadas à sexualidade e o direito de receber educação sexual, o que demonstra uma dimensão típica dos direitos sociais.

Os direitos reprodutivos, em sua acepção de direitos civis, “envolvem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto, como elementos interligados” (PIOVESAN, 2002, p.14). Embora reconheça os direitos reprodutivos como direitos humanos e sua proteção constitucional no caso brasileiro, a autora reconhece que ainda há muitas dificuldades no plano local para se implementar tais direitos devido a resistências de cunho cultural, moral e religioso.

Vale ressaltar também que não obstante a defesa pela autora de que os direitos reprodutivos seriam direitos humanos, os documentos internacionais que os consagraram, como o Plano de Ação da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995, não são tratados, nem convenções internacionais, mas declarações, das quais, na própria opinião de Piovesan (2002, p.11), apenas “extraem-se princípios internacionais que constituem importante fonte do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e a aplicação do Direito”.

O termo “direito à procriação”, como relata Idiákez (2006, p.12), vem sendo defendido recentemente como uma “*necesidad de tutelar a la persona por sí y en sí, prescindiendo de su inserción familiar o social*”, estando protegido pelo “*derecho a la tomada de decisiones sobre la propia existencia vital*” (IDIAKEZ, 2006, p.13).

Ao lado do caráter negativo da liberdade reprodutiva reconhecida implicitamente no direito de fundar uma família, visando proteger homens e mulheres de ingerências estatais em seus processos reprodutivos sem o seu consentimento, surge no contexto dos avanços da biotecnologia em reprodução assistida, a reivindicação pelo reconhecimento do direito à procriação que em sua versão de direito positivo, exige do Estado a prestação de todos os meios necessários para sua satisfação (IDIAKEZ, 2006).

Adotando nomenclatura semelhante, porém atribuindo um conteúdo mais amplo, Salazar (2015, p. 264) defende a existência do “direito à reprodução” – além da liberdade

reprodutiva em seu sentido negativo, que exige deveres de abstenção estatal – compreende “*un derecho de libertad com una clara faceta prestacional, desarrollada a través de una serie de deberes materiales y normativos*”. Direito à reprodução, na concepção de Salazar, abrange assim o direito a não reprodução, o direito à reprodução por meios naturais, o direito à reprodução por meios assistidos e o direito à reprodução social, ou seja, à adoção.

Em todas essas dimensões, o direito à reprodução assume o caráter de liberdades reprodutivas, as quais, porém, na visão da autora:

no agotan su configuración en el simple deber negativo de abstención del Estado, sino que además requieren de la realización de determinadas acciones positivas –generalmente de naturaliza legislativa y administrativa– que permiten su ejercicio cierto por toda la población. (SALAZAR, 2015, p.264)

Como fundamento último do direito fundamental à reprodução no ordenamento jurídico espanhol, aponta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade e, como fundamentos mais específicos, a liberdade de consciência e o direito à privacidade (SALAZAR, 2015).

O “direito ao filho” vem sendo discutido pela doutrina francesa desde o final a década de oitenta do século passado, tendo inicialmente se manifestado como a reivindicação de auxílio à procriação por meio da reprodução assistida, evoluindo mais recentemente para exigência de “obtenção de um filho ‘fabricado’ com uma parte (raramente com a totalidade) do patrimônio genético dos ‘genitores’” (BRUNETTI-PONS, 2017, p. 18, tradução livre)¹¹⁸.

Dentre as categorias jurídicas utilizadas para enquadrar a procriação como uma questão de escolha, o “direito ao filho” é a mais problemática. A primeira dificuldade reside na identificação das pessoas contra quem esse direito pode ser oposto. Como enfatiza Brunetti-Pons (2017), um “direito ao filho” não pode ser exigido do médico – haja vista as exigências da ética profissional e, onde houver, as obrigações decorrentes da legislação – nem do (a) doador (a) de gametas (ou da doadora de útero) – já que inexistir o dever de doar – nem do outro genitor – pois não se pode impor a procriação como uma obrigação jurídica¹¹⁹.

Há também sérias dúvidas de que tal direito possa ser oposto contra o Estado porque significaria, de um lado, impor a este o dever de garantir o acesso às tecnologias de reprodução assistida – obrigação que não se encontra pacificada no âmbito internacional, ainda se tal direito for visto pela ótica do direito à saúde (IDIAKEZ, 2006).

¹¹⁸ No original: “[...] l’obtention d’un enfant ‘fabriqué’ avec une partie (plus rarement la totalité) du patrimoine génétique des ‘procréateurs’” (BRUNETTI-PONS, 2017, p. 18)

¹¹⁹ Ressalta Brunetti-Pons (2017, p.18) que: “*Dans les rapports entre les géniteurs, l’exigence du consentement qui découle des libertés même, fait obstacle au droit subjectif et au pouvoir unilatéral de contrainte.*”

Por outro lado, o reconhecimento do direito ao filho “fabricado” como ressalva Brunetti-Pons (2017), implicaria também assumir o dever estatal de assegurar que todas as técnicas e meios possíveis de procriação desenvolvidos pela medicina reprodutiva estivessem disponíveis, o que contradiz a existência de várias restrições legais impostas pelos marcos jurídicos nacionais da reprodução assistida, como, por exemplo, a proibição de doação de gametas (Áustria), a limitação de acesso à técnica apenas a casais heterossexuais em situação de infertilidade e a vedação da maternidade sub-rogada (França).

Uma grande impropriedade dessa nomenclatura é o fato de pôr o filho como objeto de direito, passível de apropriação e de produção pela indústria da medicina reprodutiva (LABRUSSE-RIOU, 2007). A expressão, embora tenha pretensão similar ao proclamado direito à procriação, é infeliz, posicionando o filho como objeto de direito patrimonial. Na advertência precisa de Brunetti-Pons (2017), a criança é uma pessoa plena, titular de direitos, tradicionalmente seus interesses são levados em consideração pelas normas jurídicas e as pessoas têm deveres em relação a elas.

O direito à procriação ou à reprodução está sujeito a críticas bem semelhantes. Não se pode obrigar o Estado, nem terceiros a garantir que alguém tenha um filho. Mesmo que atualmente se discuta, também de forma controvertida, a obrigação do Estado em ofertar em sua rede pública o tratamento da reprodução assistida como exigência do direito à saúde (paliativo para a “doença” da infertilidade) e em se admitindo tal hipótese se pudesse falar em direito de acesso à reprodução assistida, o seu fundamento seria no próprio direito ao planejamento familiar, que envolve prestações no campo da saúde reprodutiva, expressão utilizada pelas conferências internacionais, e não em um pretense direito à procriação/reprodução com fundamento no livre desenvolvimento da personalidade.

Na verdade, o que esse direito invocado representa é apenas uma liberdade, “liberdade de engendrar filhos” (LEITE, 1995, p.355). No mesmo sentido Meulders-Klein (1988 Apud LEITE, 1995, p.356): “não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o outro semelhante (estéril) a ter um”. Oliveira ainda assinala as dificuldades em se aceitar a terminologia do direito à procriação, assumindo posição muito semelhante às críticas já referidas ao uso do termo “direito ao filho”:

Caso se tratasse de um direito pessoal, seria necessário um doador, sendo credor o reivindicante. O devedor poderia ser compelido a fornecer seus gametas (que, no caso em tela, é impossível). Se o considerássemos um direito real, assimilar-se-ia a criança a um produto, encomendado e programado. A criança passaria a ser objeto de propriedade, proposta

igualmente refutável a partir da consideração de que uma criança não pode ser objeto de propriedade. (LEITE, 1995, p. 356)

É preciso ressaltar também que a linguagem do “direito à procriação/reprodução” busca principalmente ultrapassar a configuração de um direito de liberdade reprodutiva, como não interferência estatal, para um direito que envolve a atuação prestacional fática do Estado – como a garantia de acesso à reprodução assistida àqueles que não podem arcar com seus custos –, assim como uma atuação normativa, assegurando por meio da proteção legal o acesso amplo às tecnologias reprodutivas, incluídas suas inovações, como o DGPS e o DGPI¹²⁰.

Esse propósito fica evidente na obra de Salazar (2015) que, apesar de definir todas as manifestações do direito à reprodução em termos de liberdade reprodutiva, opta pela primeira terminologia na tentativa de reforçar a existência de obrigações positivas estatais. O direito à reprodução formulado pela autora em suas quatro dimensões assinaladas compreendem uma faceta negativa (liberdade de não reproduzir, liberdade de reproduzir por meio naturais, liberdade de reproduzir por meios assistidos e liberdade de adotar) e uma dimensão prestacional (prestação normativa – que exige a edição de normas que regulem o uso de contraceptivos, a prática da esterilização, que definam o marco da reprodução assistida e da adoção – e prestação fática – como a existência de programas de planejamento familiar, com ampla informação e acesso aos meios contraceptivos, inclusão de planos de educação sexual a ser ministradas nas escolas) (SALAZAR, 2015).

O esforço da autora em ressaltar a presença de direitos de defesa e direitos à prestação pode ser compensado por meio de outros recursos teóricos, abandonando-se a problemática categoria do “direito à reprodução/procriação”. Em primeiro lugar, a existência simultânea de direitos de defesa (liberdade reprodutiva) e de direitos à prestação fática (acesso à métodos contraceptivos, direito à saúde reprodutiva, à educação sexual e à informação) para se referir à proteção jurídica dos atos relativos à reprodução humana fora explicitamente admitida nos textos das conferências internacionais já citadas ao se referirem aos “direitos reprodutivos”. Essa categoria, tal como ressaltado por Piovesan (2002), integra tanto uma dimensão de liberdade civil como de direitos sociais, podendo mesmo servir como categoria gênero, da qual decorre a liberdade reprodutiva e os direitos sociais à informação, à educação sexual e à saúde reprodutiva e acesso aos meios de planejamento familiar.

¹²⁰ No mesmo sentido, Eijkholt (2010, p. 131): “*The language about a right to procreate has evolved from a right to non-interference, to a right that would include a broad range of options and facilities in the reproductive field.*”

Em segundo lugar, o reconhecimento dos direitos à prestação normativa que Salazar impõe como faceta prestacional relativo ao “direito à reprodução” poderia ser simplesmente reputado a uma dimensão positiva do direito à liberdade reprodutiva (como a própria autora ressalva), sem necessidade de se recorrer à terminologia “direito à reprodução” para expressar essa dimensão. Sendo a liberdade reprodutiva um direito fundamental, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais contemporânea, tal direito apresentará tanto posições negativas como positivas (SARLET, 2004)¹²¹, dentre estas últimas o direito à edição de normas que protejam os seus titulares contra à intervenção de terceiros e às normas de organização e procedimento¹²².

A nomenclatura utilizada por Salazar não é reconhecida nem mesmo pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que influenciou bastante a obra da autora espanhola. Analisando a fundamentação de alguns julgados da Corte envolvendo o tema da reprodução, não se encontra nenhuma referência ao “direito à reprodução/procriação”, muito embora tenha havido reconhecimento de que as decisões reprodutivas estão protegidas pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos que assegura a proteção à vida privada e familiar¹²³.

Em *Pretty v. Reino Unido* (2002), o TEDH assenta o entendimento de que o conceito de vida privada não pode ser visto sob uma perspectiva exaustiva, mas abrange diversas dimensões da vida pessoal, podendo mesmo ser vista como um direito ao desenvolvimento pessoal, alcançando inclusive “o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.”(TEDH, 2346/02, 2002, par. 61)¹²⁴. Admite desde

¹²¹ Nas palavras de Sarlet (2004, p. 219): “[...] os direitos fundamentais, de modo geral, possuem uma dupla função negativa e positiva” e, em obra posterior, o autor ratificando esse entendimento ressaltando a impossibilidade de classificar apenas estaticamente os direitos fundamentais em direitos de defesa ou direitos a prestação: “[...] os direitos de liberdade, assim como os direitos negativos de um modo geral, dependem de um sistema de prestações, guardando, portanto, direta relação com os assim designados direitos positivos (prestacionais).” (SARLET *et al.*, p. 301)

¹²² Assinalando a importância dos direitos prestacionais à organização e ao procedimento para o exercício dos direitos fundamentais, inclusive os de liberdade, Sarlet (2004, p.210) afirma o seguinte: “[...] o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa.”

¹²³ “Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

¹²⁴ “As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 22). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see *Mikulic v. Croatia*, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-1). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish

então a existência do princípio da autonomia pessoal a ser utilizado na interpretação do referido artigo. Em *Evan vs. Reino Unido* (2007)¹²⁵, o tribunal incorpora sob a proteção do artigo 8º, o direito de tomar decisões sobre se tornar ou não pais. Já em *Dickson v. Reino Unido* (2007)¹²⁶, inclui-se na mesma cláusula o direito de decidir ter filhos genéticos ou não. No julgamento de *S. H. e outros v. Áustria* (2011)¹²⁷, a Corte considera que o direito de um casal de escolher conceber um filho por meio da reprodução assistida também é uma expressão da vida privada e familiar, tendo sido essa proteção ampliada no julgado *Costa v. Pavan* (2011)¹²⁸, alcançando a o direito de conceber um filho sem doenças genéticas graves, por meio do acesso à reprodução assistida e ao DGPI como uma escolha integrante do exercício do direito à vida privada. Como visto, o TEDH evita a nomenclatura direito à reprodução, mas enquadra diversos tipos de decisão reprodutiva como resultante da esfera de liberdade pessoal conferida pela cláusula do direito à vida privada.

O princípio da autonomia pessoal utilizado pela Corte europeia para interpretar o direito à vida privada nos remete à categoria da “autonomia procriativa” utilizada por Dworkin¹²⁹ e aos questionamentos que o uso do termo “autonomia” levanta no discurso jurídico.

Se autonomia for utilizada no sentido de liberdade positiva, em sua acepção filosófica de liberdade do querer e expressão da vontade livre, é um termo inapropriado para se referir à reprodução. Como vimos, a percepção social contemporânea de que escolhas reprodutivas são possíveis e que atualmente nas sociedades ocidentais se admite o elemento subjetivo, reflexivo sobre o planejamento da maternidade e da paternidade, não exclui os fatores condicionantes do processo reprodutivo, como as pressões sociais para a realização do

and develop relationships with other human beings and the outside world/Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.”

¹²⁵ “The Grand Chamber agrees with the Chamber that “private life”, which is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see *Pretty*, cited above, § 61), incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent.” (TEDH, 6339/05, 2007, par. 71)

¹²⁶ “The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents” (TEDH, 44362/04, 2007, par.66)

¹²⁷ “The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life. Article 8 of the Convention therefore applies to the present case.” (TEDH, 57813, 2011, par. 82)

¹²⁸ “In the present case the Court considers that the applicants’ desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life. Consequently, this provision is applicable in the present case.” (TEDH, 54270, 2012, par. 57)

¹²⁹ Alguns autores utilizam autonomia reprodutiva, como enfatiza Scott (2005), na literatura britânica é a expressão mais comumente encontrada.

“projeto” parental, assim como restrições de ordem natural desse processo – tal como a existência de parceiro do sexo oposto, a idade avançada, problemas de infertilidade – dificultando a aplicação da ideia de “autodeterminação reprodutiva”.

Se, por outro lado, autonomia for compreendida em sua acepção jurídica, deixará de significar a simples liberdade do querer ou da vontade livre, para receber um conteúdo específico, ou seja, será vista como “poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para autorregulamentarem seus interesses, nos limites estabelecidos” (LOBO, 2011, p.57).

Contrariamente à liberdade do querer de Bobbio ou à vontade livre de Kant que atuam internamente e consistem em pautas de ação moral, a autonomia em sentido jurídico não é da vontade¹³⁰, é da ação e conferida externamente pelo próprio sistema jurídico, para que o indivíduo busque por si só, produzindo efeitos jurídicos através de seus atos, a realização dos seus interesses¹³¹. Nessa acepção, a autodeterminação individual é sempre limitada, sempre delineada pelo próprio ordenamento jurídico. Seria possível, então, falar-se em “autonomia reprodutiva” nesse contexto? Para responder a essa indagação, é necessário compreender a evolução que o conceito de autonomia tem sofrido no próprio discurso jurídico.

Ao contrário do que Dworkin defende – a fundamentação constitucional da autonomia procriativa – tradicionalmente, nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica, as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” foram desenvolvidas com significações específicas no direito privado. Mesmo na teoria civilista, a terminologia é controversa (LOBO, 2011; RUZYC, 2011). Como registra Lobo, a expressão mais antiga, difundida, sobretudo, pela literatura francesa no século XIX é a da autonomia da vontade, pela qual se atribuía aos indivíduos a liberdade de estabelecerem obrigações jurídicas no âmbito de suas relações patrimoniais (sem interferência estatal, mas com “força de lei”): “os contratantes são senhores dos seus interesses privados, e definem, por meio de suas vontades, os rumos desses interesses” (RUZYC, 2011, p.111).

¹³⁰No mesmo sentido consultar Ruzyc (2011) e Hennette-Vaucher (2009) para os quais o conceito de autonomia da vontade kantiana, dirigida ao plano da ação moral, não se aplica ao direito. O próprio Kant faz uma diferença entre a liberdade jurídica e a liberdade moral: “Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas leis jurídicas; porém, se adicionalmente requerem elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são leis éticas e, então, diz-se que à conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser a liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo quanto no interno da escolha, porquanto é determinada por leis da razão.” (KANT, 2003, p.63).

¹³¹Inclusive como salienta Honneth (2015, p. 147), o espaço criado pela autonomia privada no direito permite que os indivíduos, afastando-se das exigências e deveres morais, possam, “[...] numa autorreflexão aliviada, ponderar e estabelecer suas preferências e orientações de valor individuais [...]”. Para Rodotà (2010) inclusive, o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe um espaço de autonomia individual (ao mesmo tempo limitada pelo direito e fora do direito) que confere às pessoas o “direito equivocarse”.

As dificuldades com essa terminologia, que acabava por conduzir à ideia de que a vontade subjetiva e psicológica era a própria fonte determinante de efeitos jurídicos, levou parte da literatura civilista, notadamente de matriz alemã e italiana a preferir o uso da expressão autonomia privada (LOBO, 2011), a qual se consolida no século XX como expressão da liberdade no direito civil moderno, como ressalta Ruzyk (2011). Entretanto, mesmo a denominada autonomia privada, considerada por alguns como princípio estruturante e fundamental do direito privado (AMARAL NETO, 1989) não esteve imune às dissensões quanto ao seu significado ou até quanto mesmo sua aceitação enquanto terminologia.

Para Amaral Neto (1989, p. 213), ela se configura como o “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas”. Já para Melo (2003) com apoio em Pontes de Miranda, os particulares não detém o poder de criar normas, mas apenas de, dentro dos limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica por meio dos negócios jurídicos celebrados, sendo mais adequado falar em autorregramento da vontade e não em autonomia. Desse modo, seria o próprio ordenamento jurídico que delinea o autorregramento da vontade, conferindo aos particulares a possibilidade de escolherem não apenas o tipo de negócio jurídico, mas também o conteúdo da relação jurídica, ou seja, seus efeitos.

Independentemente das controvérsias conceituais a respeito do seu caráter normativo, fato é que tradicionalmente autonomia privada fora compreendida e aplicada dentro do contexto da teoria do negócio jurídico¹³² e, para alguns, de forma mais restritiva, dentro do negócio jurídico de caráter patrimonial¹³³, que tem no contrato sua melhor expressão (PRATA, 2016).

Para autores como Amaral Neto (1999) e Ruzyk (2011), o lócus da autonomia privada é basicamente o direito patrimonial. Contudo, enquanto Amaral Neto (1999) defende que fora do direito das obrigações, do direito econômico e de modo restrito do sucessório, onde há disposição de interesses patrimoniais, não poderia haver verdadeira manifestação do poder jurídico particular¹³⁴, Ruzyk admite a possibilidade do reconhecimento da autodeterminação e

¹³² Entendido aqui como “[...] fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente da vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, [...]” (MELLO, 2003, p.184).

¹³³ Aquele cujo objeto importa uma prestação de natureza econômica (MELLO, 2003).

¹³⁴ “Creio poder afirmar que a esfera de atuação do princípio da autonomia privada é, basicamente, o Direito Patrimonial. Não se aplica, portanto, ou aplica-se de modo restritíssimo, em matéria de estado, capacidade das pessoas e da família. Seu campo de realização é, por excelência, o Direito das Obrigações, no qual o contrato é lei, nas diversas espécies que a liberdade contratual permite estabelecer, sendo crescente a sua presença nos contratos administrativos, no Direito da economia e da concorrência, nos tratados e convenções internacionais e na instituição de júízo arbitral. No Direito sucessório realiza-se no testamento, negócio jurídico com que a

autorregulamentação das pessoas em questões existenciais fundada não no conceito de autonomia privada, mas particularmente no conceito de liberdade positiva.

Mello (2003), entretanto, alerta para o fato de que existe negócio jurídico extrapatrimonial (tais como o casamento e adoção), cujo objeto da relação jurídica constituída não implica necessariamente “atribuição patrimonial específica, mas ao contrário, dizem respeito a direitos, em geral, personalíssimos, que não têm conteúdo econômico” (MELLO, 2003, p.210)¹³⁵.

Perlingieri (2007, p.105) também defende que a manifestação da autonomia privada pode ocorrer em “negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoa e existencial”¹³⁶ cujo fundamento deve ser dado na cláusula geral de proteção da pessoa humana prevista na Constituição Italiana¹³⁷. A autonomia privada para o autor nem sempre se manifesta com o poder de regulamentação, podendo se apresentar “no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação.” (PERLINGIERI, 2007, p.19). Com efeito, essa compreensão de autonomia privada permitiu aplicá-la também para a categoria dos atos jurídicos *stricto sensu*¹³⁸, como exemplifica o próprio autor ao se referir à sua incidência ao “vasto campo dos atos de disposição do próprio corpo”¹³⁹.

No mesmo sentido, parte da doutrina brasileira vem defendendo a ampliação do conceito de autonomia privada para compreender “o poder de autodeterminação, seja no que

pessoa dispõe de seus bens ou estabelece outras prescrições para depois da sua morte. Como considero que o negócio jurídico é instrumento da autonomia privada e que no Direito de Família não há campo para o exercício dessa autonomia, sempre digo que o casamento não deve considerar-se um negócio jurídico, exatamente porque não tem a possibilidade de exprimir, na sua inteireza, o poder jurídico particular.” (AMARAL NETO, 1999, p. 2)

¹³⁵ Como exemplos o autor cita a adoção e o casamento, considerando inapropriado falar em “negócios de direito de família” para se referir a negócios sem conteúdo patrimonial, já que assim como o casamento pode ter aspectos de negócio patrimonial, admite a possibilidade de existir negócio jurídico extrapatrimonial fora do direito de família.

¹³⁶ Por situação subjetiva o autor entende a situação jurídica criada, modificada ou extinta pela produção de efeitos dos atos jurídicos: “Fazem parte do conceito geral de situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (potestà), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc: trata-se sempre de situações subjetivas.” (PERLINGIERI, 2007, p. 105). Não conceitua, porém, a situação subjetiva qualificada de “existencial”, embora a menção a esta apareça associada à crítica da teoria dos direitos de personalidade, levando o leitor a concluir que são situações jurídicas decorrentes dos diversos efeitos que possam ser gerados pela tutela da personalidade: “[...] é de máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (potestà), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes.” (PERLINGIERI, 2007, p. 155).

¹³⁷ Cita a doação de órgãos por meio dos transplantes.

¹³⁸ Atos jurídicos não negociais, no qual a vontade “manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariável e inexcluíveis pelo querer dos interessados (donde dizer-se que são efeitos necessários, ou *ex lege*).” (MELLO, 2003, p. 148).

¹³⁹ Mais adiante, no capítulo ---, intitulado “ato e autonomia privada” não faz distinção entre ato e negócio jurídico, como também o autor menciona que os “atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados e não devem ser reconduzidos unicamente à liberdade econômica [...]” (PERLINGIERI, 2007, p. 276), exemplificando, inclusive, com as escolhas relativas à saúde (transplante, aborto e inseminação artificial).

tange à prática de negócios jurídicos, seja no que se refere às decisões relativas aos aspectos existenciais de si próprio” (TEIXEIRA E FREIRE DE SÁ, 2007, p.77)¹⁴⁰. Sarmiento (2005) representa bem essa compreensão:

Quando falamos em autonomia privada, o fazemos em sentido amplo. Ela é aqui entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. É importante demarcar esse conceito, pois há autores que falam em autonomia privada num sentido mais restrito, de autonomia negocial. No Direito Privado essa conotação restritiva é a mais freqüente. Porém, no sentido em que empregamos a expressão, a autonomia privada envolve tanto aspectos ligados a escolhas existenciais – Com que pessoas mantereirei relações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência? –, como engloba também dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial. (SARMENTO, 2005, p.168-169)

Fica evidente nas ideias esboçadas pelos autores que a acepção de autonomia utilizada para realizar a ampliação em seu alcance resulta da introdução do conceito filosófico de liberdade positiva no conceito jurídico de autonomia privada.

De fato, a crescente utilização do termo “autonomia pessoal” para se referir a um direito geral de liberdade, cujo conteúdo, assegura aos indivíduos a faculdade de viverem suas vidas à sua própria maneira, é uma tendência generalizada que se observa também em outros ordenamentos alienígenas (FABRE-MAGNAN, 2019) e, inclusive, no âmbito da jurisprudência do TEDH, como destacado acima. Como analisa Fabre-Magnan (2019), a consolidação dessa ideia de liberdade por meio das expressões como autonomia pessoal (TEDH), *right of privacy* (Corte Suprema norte-americana) ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade (algumas constituições e cortes constitucionais europeias) expressam claramente a aspiração de autodireção e autodeterminação pessoal contida no sentido de liberdade positiva definida por Berlin (1971).

A simples introdução dessa ideia e sua associação com o termo autonomia no direito não aparentam, em princípio, exprimir algo novo, já que como ressaltamos não parece desarrazoado conceber que a proteção jurídica de uma liberdade (direito de liberdade) encerre em si os dois aspectos do conceito de liberdade desenvolvido pela filosofia, configurando ao mesmo tempo uma liberdade negativa (direito a não impedimento), como implicitamente

¹⁴⁰ Em seu “viés existencial”, a autonomia privada é mencionada para justificar o direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família, do modelo de filiação fundada na paternidade/maternidade socioafetiva (LIMA, 2004).

assegura um espaço em que o indivíduo possa autodeterminar-se, agir conforme sua vontade ou seu querer livre (liberdade positiva)¹⁴¹.

Nesse sentido, poder-se-ia compreender a autonomia postulada pelos autores como uma face da liberdade assegurada seja pelo direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade ou decorrente do exercício de determinados direitos de personalidade – como, por exemplo, a possibilidade de alteração do nome (direito ao nome), a possibilidade de doar órgãos, sangue ou tecidos humanos (direito de disposição do próprio corpo), o consentimento para permitir intervenções médicas no corpo (direito à integridade física)¹⁴². Praticar ou não o ato, seria, assim, uma faculdade conferida pelas normas jurídicas que, ao prever determinados efeitos ao fato jurídico, implicitamente também protege a liberdade positiva das pessoas, ou seja, o poder para se autodeterminar.

O potencial inovador da ideia exsurge, entretanto, quando o direito à autonomia pessoal ou ao livre desenvolvimento da personalidade se traduz no direito genérico a tutelas específicas por parte do ordenamento jurídico (que assegurem e reconheçam minhas escolhas e minha própria maneira de viver) mesmo quando os efeitos pretendidos para determinados atos não tenham sido previstos pelas normas jurídicas ou, ainda, sejam contrários a elas¹⁴³. Nesse aspecto, a liberdade postulada não é apenas a de não interferência estatal em minhas escolhas de vida, mas também a que exige do Estado o reconhecimento jurídico das minhas escolhas.

Dessa forma, o conceito de autonomia pessoal integra-se ao conceito de autonomia privada para desintegrá-lo, ao menos como a doutrina civilista a tem estruturado ao longo dos anos¹⁴⁴. A autonomia privada tem reservado seu sentido próprio dentro do negócio jurídico, por meio do qual o próprio ordenamento permite ao sujeito de forma unilateral ou

¹⁴¹ O próprio Berlin (1971) já admitia que entre as duas ideias havia certa proximidade – a liberdade que consiste em ser seu próprio mestre também exige aquela de não ser impedido de escolher por sua conta – muito embora tenha rejeitado veementemente a defesa política da liberdade positiva em razão das diversas doutrinas que ao longo da história a invocaram para implantar regimes totalitários dilaceradores da liberdade negativa.

¹⁴² Tais atos, cujo fundamento é a manifestação da vontade dos sujeitos, integram o suporte fático das normas jurídicas, não tendo, porém, tal vontade o condão de gerar efeitos jurídicos desejados, pois estes são determinados pelo próprio ordenamento jurídico (MELLO, 2011).

¹⁴³ Nesse sentido, mais evidentemente situam-se as reivindicações em torno do reconhecimento jurídico das uniões e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, do direito à redesignação sexual com o devido assento registral, assim como o pleito de reconhecimento da filiação socioafetiva em caso de gestação por substituição. De forma ainda mais complexa, surgem também em nome da autonomia pessoal a invocação do direito ao suicídio assistido e o direito à morte digna (FABRE-MAGNAN, 2019).

¹⁴⁴ Especial da doutrina mais tardia que se esforçou, como salientado no texto, para afastar os inconvenientes da doutrina da autonomia da vontade e de suas contradições com os limites impostos pelo direito.

cooperativa¹⁴⁵, escolher a modalidade do ato ou da relação jurídica, seu conteúdo e ainda os seus efeitos¹⁴⁶. Como reforça Melo, se não houver pelo menos um desses elementos, haja vista as limitações que podem ser impostas, o ato ou a relação jurídica fora regulado exaustivamente pelo ordenamento jurídico, “não deixando à vontade qualquer margem” (MELLO, 2003, p. 176), a não ser a decisão de praticar ou não o ato.

Sob essa perspectiva, a autonomia privada é conferida, autorizada e exercida em face dos parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas, enquanto a mobilização resultante de algumas reivindicações em torno “autonomia pessoal” poderá representar a exigência de reconhecimento de efeitos não previstos, não autorizados ou mesmo proibidos por estas. Além disso, como adverte apropriadamente Ruzyc (2011), as dificuldades de aplicação do arcabouço formal do negócio jurídico às situações existenciais, tais como nas questões de tratamento de saúde, disposição do próprio corpo, ou demais manifestações que envolvam o desenvolvimento da personalidade, deveriam sinalizar a necessidade de tratar diferenciadamente a designada “autonomia pessoal” do conceito próprio de autonomia privada, reservando-se àquela simplesmente o termo liberdade.

Nesse sentido, falar-se em “autonomia reprodutiva” mais confunde do que esclarece. As decisões reprodutivas, enquanto escolhas relativas a se, quando e como procriar, não são manifestações de autonomia privada, no sentido formulado até aqui, como poder jurídico conferido aos particulares para escolher o modelo do negócio jurídico, o conteúdo do negócio e seus efeitos¹⁴⁷. São escolhas que dizem respeito à construção de uma identidade parental, de uma vida de relações, de um projeto familiar, cuja proteção jurídica requer uma zona de atuação livre da interferência estatal e de terceiros (liberdade negativa) dentro da qual implicitamente estaria também protegida a possibilidade das pessoas se autodeterminarem nas decisões de procriar ou não procriar (liberdade positiva).

Por todas as ambiguidades produzidas pela expressão “autonomia reprodutiva”, pode-se concluir que sua utilização provoca mais críticas do que a aceitação, dificultando a

¹⁴⁵ Mello (2003) distingue os negócios jurídicos em unilaterais (que não provocam reciprocidade), dos negócios jurídicos bilaterais (manifestação de vontades opostas e com reciprocidade) e dos plurilaterais (onde há manifestação de vontades distintas convergentes).

¹⁴⁶ Atentando-se ainda para o fato de que “a autonomia da vontade, ou seja, o poder de auto-regramento da vontade das relações jurídicas negociais, não pode ser considerada uma prerrogativa absoluta, ilimitada, das pessoas. Ao contrário, as suas limitações podem ser tão amplas que apenas lhe reste a possibilidade de manifestação, pura e simples, da vontade de realizar o negócio, que a norma jurídica já regulou exaustivamente, sem permitir outras opções.”(MELLO, 2003, p.181).

¹⁴⁷ Muito embora algumas decisões reprodutivas (a decisão de procriar) possam sim resultar em exercício da autonomia privada (admitindo-se aqui a existência do negócio jurídico extrapatrimonial) a depender do traçado do ordenamento jurídico como, por exemplo, ao admitir o negócio jurídico sobre a gravidez subrogada por meio da reprodução assistida.

consolidação de uma categoria jurídica que possa proteger a liberdade das pessoas para tomarem decisões no âmbito da reprodução.

Com relação ao termo “liberdade reprodutiva”, há aqueles que consideram existir apenas uma liberdade negativa não protegida especificamente por um direito (ABELLÁN, 2006)¹⁴⁸ e outros que entendem ser a liberdade reprodutiva um direito autônomo, inclusive de matriz constitucional (ROBERTSON, 2003).

Abellán entende que a liberdade reprodutiva no direito espanhol tem como conteúdo as seguintes faculdades: opção de procriar, com quem e por quais meios (incluídos aí o livre acesso ao aborto e à reprodução assistida), a decisão de quando procriar, de quantos filhos ter, de ter filhos com material biológico de terceiro em caso de infertilidade ou para evitar transmissão de doenças genéticas (utilização da doação de gametas ou de embriões), e a decisão de que tipo de filhos ter, que envolve a seleção genética embrionária (o aspecto mais controvertido da liberdade reprodutiva conforme o autor). Por outro lado, tal liberdade exigiria uma gama de condições normativas e sociais necessárias para seu exercício, como as licenças maternidade e de paternidade, proibição de discriminação pelo fato da gravidez, acesso ao diagnóstico e serviços genéticos (ABELLÁN, 2006).

Robertson, por sua vez, não admite que a liberdade reprodutiva (em sua obra prefere a expressão liberdade procriativa) possa impor obrigações positivas ao Estado, tais como a oferta dos serviços sanitários público de acesso ao aborto, à reprodução assistida, aos gametas e aos testes diagnósticos, tratando-se primariamente de um direito negativo, que impõe o não impedimento a ações por parte do poder público.

Analisando decisões da Suprema Corte norte-americana sobre esterilização forçada, uso de contraceptivos e aborto, Robertson (2003, p.453) conclui que elas estabelecem um amplo princípio de liberdade reprodutiva decorrente do direito à vida privada (*right of privacy*), de caráter negativo, que garante tanto decisões no sentido de evitar a reprodução como as decisões de se engajar em projeto parental biológico, caracterizando a liberdade procriativa, assim, como um direito fundamental. O autor reconhece que a Corte não se debruça sobre a extensão e os limites dessa liberdade, não debatendo explicitamente a

¹⁴⁸ Enquanto não protegida pelo direito a liberdade negativa é espaço apenas do permitido, do não-direito, podendo a qualquer tempo ser limitada e em qualquer medida pelo próprio direito (FERRAJOLI, 2014). No mesmo sentido, Alexy (2002, p. 224): “*La posición de la libertad no protegida que consiste simplemente em la permisión de hacer algo y em la permisión de omitirlo, no incluye em tanto tal ningún aseguramiento a través de normas y derechos que protejan la libertad.*”

liberdade para utilizar as inovações trazidas pela reprodução assistida, as quais para ele estariam incluídas na proteção¹⁴⁹.

A diferença entre as perspectivas dos dois autores se mostra significativa quanto às limitações legais que podem ser impostas à denominada liberdade reprodutiva/procriativa. Sendo apenas uma liberdade não protegida, como propõe Abellán, as pessoas na verdade atuam no espaço do não direito (FERRAJOLI, 2014; RODOTÀ, 2010) – não havendo normas jurídicas que obriguem ou proibam tais atos, ela é apenas permitida – podendo a qualquer tempo ser limitada na forma e intensidade desejada pelo legislador ou mesmo, a depender também da vontade do legislador, passar a ser proibida ou obrigada (ALEXY, 2002). Já sob a perspectiva de Robertson, a liberdade reprodutiva passa a constituir um direito, de matriz fundamental, cujas limitações só poderiam ser justificadas tendo em vista o prejuízo que possa causar a outros importantes interesses fundamentais (ROBERTSON, 2003, p. 453).

Também merece ser destacada a insistência de Robertson em afirmar a liberdade reprodutiva como um direito de feições negativas. Como uma liberdade fundamental e, portanto, um direito fundamental de liberdade, a liberdade reprodutiva, embora inserida na categoria de direitos de defesa contra a intervenção do Estado, também assumiria, em face da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, dimensões prestacionais ou positivas, seja na forma de direitos de proteção contra terceiros, seja na forma de prestações normativas de organização e procedimento (ALEXY, 2002; NOVAIS, 2003, SARLET, 2004).

Certamente o que o autor pretende evitar é que a partir da liberdade reprodutiva se possa reivindicar do Estado direitos a prestações fáticas como a disponibilização de contraceptivos, o acesso à reprodução assistida, a testes diagnósticos, ou mesmo ao aborto por meios das unidades de saúde públicas. De fato, o direito a tais prestações envolveria questões relativas à igualdade, saúde pública e complexos juízos de oportunidade e disponibilidade financeira dos recursos públicos, as quais sem dúvida não se poderiam simplesmente deduzir de um direito de liberdade reprodutiva. Daí a importância de conceber os chamados direitos reprodutivos na acepção ampla proposta por Piovesan (2002), os quais abrangem não apenas o aspecto relativo aos direitos civis, como o espaço garantido pela liberdade reprodutiva, como também

¹⁴⁹ Segundo o autor, enquanto direito fundamental, a liberdade procriativa abrangeria: “*The liberty to avoid having offspring involves the freedom to act to avoid the birth of biologic (genetically related) offspring, such as avoiding intercourse, using contraceptives, refusing the transfer of embryos to the uterus, discarding embryos, terminating pregnancies, and being sterilized. In contrast, the liberty or freedom to have offspring involves the freedom to take steps or make choices that result in the birth of biologic offspring, such as having intercourse, providing gametes for artificial or in vitro conception, placing embryos in the uterus, preserving gametes or embryos for later use, and avoiding the use of contraception, abortion, or sterilization.*” (ROBERTSON, 2003, p. 447)

um conjunto de direitos sociais, a serem implementados na medida das eleições prioritárias e das condições financeiras de cada Estado.

Dentre as diversas expressões analisadas, considera-se que “direitos reprodutivos” e “liberdade reprodutiva” são as que mais facilmente permitem identificar os deveres do Estado e de terceiros em relação aos seus titulares. Não obstante tais expressões, a nosso ver, logrem superar alguns obstáculos terminológicos, a existência de uma categoria jurídica como a denominada liberdade reprodutiva, assim como seus fundamentos, sua extensão e limites só pode ser analisada a partir dos contornos de um ordenamento jurídico específico, sendo necessário averiguar seu assento na ordem jurídica brasileira e se seu conteúdo poderia alcançar a prática da seleção genética embrionária.

2.3 Liberdade reprodutiva no direito brasileiro e a sua problemática extensão à seleção genética embrionária

Seria possível se falar em liberdade reprodutiva (como um direito protegido) em um país como o Brasil onde a prática do aborto voluntário ainda é considerada crime e no qual a reprodução assistida, embora praticada em território nacional há mais de trinta e quatro anos¹⁵⁰, não fora até o momento objeto de regulação legislativa?

Apesar da criminalização do aborto voluntário e da ausência de regulamentação jurídica das tecnologias de reprodução assistida, o direito brasileiro se antecipou à realização das Conferências Internacionais de do Cairo (1994) e Beijin (1995), ao prever no art. 226, 7º da Constituição Federal de 1988 que:

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. (BRASIL, 1988)

Tal direito se inclui entre aqueles denominados direitos reprodutivos, abrangendo uma dimensão negativa, de não intervenção (não impedimento e não coação por parte do Estado: é livre a decisão reprodutiva do casal, vedada qualquer imposição coercitiva por instituições públicas) – assim como uma dimensão prestacional a ser garantida pelo poder público (Estado propiciará meios educacionais e científicos para o exercício das escolhas reprodutivas).

No texto, a expressão “livre decisão do casal” pode provocar questionamentos sobre a titularidade do direito, como indaga Barbosa (2004, p.164): “[...] têm as pessoas não casadas direito ao planejamento familiar?” Em primeiro lugar, como a própria autora ressalta, deve-se

¹⁵⁰ Como registra Diniz (2002), o nascimento do primeiro “bebê de proveta” no país data de 1984.

admitir que não havendo hierarquia entre os modelos de família estabelecidos pela Constituição, qualquer limitação do exercício do planejamento familiar a um desses modelos seria arbitrária e discriminatória (BARBOSA, 2004). Em segundo lugar, pode-se mesmo defender que o dispositivo acabou sofrendo mutação constitucional¹⁵¹ pela própria lei reguladora (Lei n. 9263/96) que amplia a “todo cidadão” o direito ao planejamento familiar¹⁵² e menciona que o mesmo pode ser exercido pela mulher, pelo homem ou pelo casal¹⁵³.

A Lei n.9263/96 define o planejamento familiar, sobretudo sob uma perspectiva prestacional do Estado. O planejamento familiar é definido em termos de ações de controle de fecundidade (ofertadas pelo Estado) que possam garantir a igualdade de direitos na constituição, limitação ou aumento da prole (seja pela mulher, pelo homem e pelo casal) e remetido às ações prestacionais do poder público, seja na área da saúde (denominada de saúde reprodutiva), seja no âmbito educativo e informacional:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

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. (BRASIL, 1996)

A referência expressa à liberdade consta apenas no artigo 9º, ao garantir a livre escolha entre os diferentes métodos e técnicas de concepção e contracepção oferecidos pelo Estado, após a avaliação e indicação médica dos seus efeitos, riscos e benefícios¹⁵⁴.

Essa ênfase legislativa no aspecto prestacional do planejamento familiar, intensificando o controle médico sobre os atos que antecedem à reprodução, assim como os que a sucedem,

¹⁵¹ Processo informal de mudança da Constituição operada pela interpretação constitucional legislativa. Segundo Ferraz (2015, p.81): “A interpretação constitucional legislativa é perceptível quando o constituinte deixa ao legislador a função de: completar o sentido da norma constitucional, precisar ou desenvolver o conteúdo do preceito, situação ou conduta fixada pelo texto constitucional; formular requisitos, indicar condições, propor alternativas para reger condutas, comportamentos ou situações previstas na norma constitucional; estabelecer programas concretos visando ao cumprimento efetivo de fins positivados no texto constitucional; e, finalmente, precisar o sentido dos elementos de contenção que limitam ou condicionam a eficácia da norma constitucional.”

¹⁵² A técnica legislativa não fora adequada, a preferência pela expressão cidadão ao invés de pessoa, pode à primeira vista conduzir a uma interpretação restritiva de que os titulares do direito seriam apenas aquelas pessoas que estão no pleno exercício dos seus direitos políticos, o que não faria sentido algum tendo em vista que as ações que visam proteger são decisões de caráter privado: a formação da família e a constituição da prole.

¹⁵³ “Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

¹⁵⁴ “Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o **caput** só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.”

põe em dúvida o aspecto da liberdade assegurada no texto constitucional. Aliás, em alguns aspectos, a excepcionalidade da esterilização, assim como os requisitos exigidos para o seu procedimento, como além da maioridade, a idade mínima de 25 anos ou a condição de já ter tido pelo menos dois filhos¹⁵⁵, pode ser interpretada como uma imposição (implícita) do dever de procriar tal como assinalado por Hennette-Vaucher e Roman (2013).

O legislador parece ter incorporado a ideia (contrariamente àquela que se pode extrair do texto constitucional) de que a liberdade das pessoas se restringe apenas à escolha dos métodos para limitar o número de filhos, mas não a ideia de que filhos possa não ser um projeto na vida de muitas pessoas. Em outras palavras, entendeu restritivamente que você pode escolher quantos filhos terá, quando e como, mas não pode escolher não tê-los.

Nessa perspectiva, a legislação se presta mais a fomentar uma política pública de controle de nascimentos, demonstrando, por um lado, os resquícios da influência de uma política internacional voltada para a redução da população e, de outro, a falta de luta política e organização coletiva no país em prol dos direitos reprodutivos ao tempo da edição da lei reguladora (PEDRO, 2003).

O que a legislação não reflete expressamente é que o planejamento familiar enquanto política pública não pressupõe apenas a liberdade das pessoas para construir seus projetos parentais (TEIXEIRA e VALADARES, 2006), mas também a liberdade para viverem suas vidas sem tais projetos, como afirma muito mais o texto da Constituição Federal, o planejamento familiar é livre decisão do casal, alcançando, portanto, a possibilidade inclusive de não fazer projeto que envolva filhos.

A despeito da tibieza do texto legislativo, indiretamente ambos os aspectos da liberdade reprodutiva podem ser extraídos: 1) homens, mulheres, casais podem escolher entre os métodos contraceptivos permitidos ou oferecidos pelo Estado; 2) homens, mulheres e casais podem optar pelos métodos e técnicas de concepção permitidos ou oferecidos pelo Estado; 3) homens e mulheres podem optar pela esterilização cirúrgica (desde que observados os limites legais). Nesse aspecto, encontram-se previstas diversas posições jurídicas que envolvem a liberdade de não procriar (mediante o uso de contraceptivos e da esterilização), assim como a liberdade para procriar (elaborar o projeto parental, decidindo-se sobre o número de filhos,

¹⁵⁵ “Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, **incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;**” (grifo nosso).

espaçamento entre os nascimentos, buscar meios de concepção permitidos, incluídos aí as técnicas de reprodução assistida).

O direito à liberdade reprodutiva encontra, assim, seu fundamento mais próximo e específico na dimensão negativa do direito ao planejamento familiar, assegurado constitucionalmente e cujo conteúdo se encontra parcialmente regulado pela Lei 9663/96. Parece razoável também apontar, como fundamento remoto e mais geral da liberdade reprodutiva, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, concebido como a liberdade conformar a si próprio e sua vida “segundo seu próprio projecto espiritual” (PINTO, 2000, p.152), abrangendo em seu aspecto negativo a liberdade geral de ação e em seu aspecto positivo, a tutela da personalidade, “a proteção da integridade dos estados, do substrato da atividade livre” (PINTO, 2000, p.164), da integridade pessoal.

Diversos autores, ao salientar a importância das decisões reprodutivas na vida das pessoas, relacionam o seu reconhecimento jurídico com a cláusula do livre desenvolvimento da personalidade. Nas palavras de Overall (2012), por exemplo:

[...] Para muitas pessoas, ter filhos é uma exigência profunda de suas próprias identidades e do valor atribuído às suas vidas. Para outras, permanecer sem filhos, é igualmente essencial. Não conseguir ter filhos quando se deseja ser pais, pode ser uma fonte de grande sofrimento e desilusão. Tornar-se pais contra a sua vontade, pode ser um fardo pesado para se carregar por toda a vida. Dessa forma, a proteção das escolhas procriativas, que implica no reconhecimento dos direitos reprodutivos, justifica-se tanto para garantir uma vida realizada às pessoas como para evitar toda sorte de miséria, privação e até mesmo opressão resultante da ausência de controle sobre o seu comportamento reprodutivo. (OVERALL, 2012, p.21, tradução livre)¹⁵⁶

De modo semelhante, Robertson (2003, p.450, tradução livre) afirma que “a reprodução é uma experiência cheia de significado e importância para a identidade dos indivíduos e para o seu florescimento físico e social”¹⁵⁷. Se indesejada, sua imposição pode gerar enorme fardo físico sobre as mulheres e grandes dificuldades psicológicas e sociais para ambos os sexos. Quando desejada e frustrada, pode representar perdas bastante significativas para determinados indivíduos: como seu senso de propósito e as experiências físicas e sociais

¹⁵⁶ No original: “*First, having children is, for many people, deeply definitive of their identity and their life’s value. For others, remaining childless is equally essential. Failing to have a child when one wants to be a parent can be a source of immense sorrow and regret. Becoming a parent against one’s wish can be a lifelong burden. Hence, the protection of procreative choices by means of the recognition of reproductive rights is necessary both to ensure that people’s lives go well and to prevent the misery, deprivation, and even oppression that results when people have little or no control over their procreative behavior.*” (OVERALL, 2012, p.21)

¹⁵⁷ Conferir no original: “*Quite simply, reproduction is an experience full of meaning and importance for the identity of an individual and her physical and social flourishing.*” (ROBERTSON, 2003, p.450)

associadas à gestação, à paternidade/maternidade e à educação dos filhos, reputadas por muitos como experiências essenciais para seu florescimento humano (ROBERTSON, 2003).

Ainda na mesma linha, Mills (2011) destaca a fundamentação da liberdade reprodutiva não apenas na simples liberdade de escolha ou de ação em geral, mas sim no significado dessas escolhas e de sua profunda ligação com a expressão de valores, princípios e propósitos assumidos e vivenciados por cada pessoa.

Note-se que a ausência de cláusula expressa na Constituição Federal não tem impedido a doutrina (SARLET, 2012) e a jurisprudência¹⁵⁸ nacionais de reputar o designado direito ao livre desenvolvimento como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) e do direito geral de liberdade (Art. 5º, *caput*, CF), fazendo-o incidir principalmente como cláusula de proteção constitucional a liberdades não expressamente previstas, denominadas de liberdades inominadas (PINTO, 2000), o que seria o caso da liberdade reprodutiva.

Cumprе ressaltar ainda que, em razão de influências da doutrina norte-americana (*right of privacy*) e, notadamente em face da ausência de previsão expressa de uma cláusula geral de proteção da liberdade e de referências diretas a um direito ao livre desenvolvimento da personalidade nas convenções (FABRE-MAGNAN, 2019), as Cortes dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CORTEIDH), também associam a liberdade

¹⁵⁸ Nesse sentido, conferir os fundamentos da ADI 4275/DF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, **por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.**” (ADI 4275/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgada em 01/03/2018, DJe 07/03/2019). De modo semelhante, o Superior Tribunal de Justiça recorre à cláusula do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para fundamentar decisões sobre o mesmo tema, como no Resp 1.626.739: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. [...] 9. **Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal),** ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). [...]” (REsp 1.626.739/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017, grifo nosso)

reprodutiva ao direito à vida privada. Nesses casos, tal direito fora interpretado, para além da proteção defensiva contra atos atentatórios ao segredo da intimidade e da privacidade, como liberdade conferida a cada uma “para dispor de sua vida como melhor lhe parecer”¹⁵⁹ (SILVA, 2010, p. 103).

A rápida busca pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) realizada um pouco mais acima, demonstrou que algumas decisões reprodutivas foram protegidas pela cláusula da vida privada e familiar, compreendida esta de forma não exaustiva, mas ampla para alcançar também o direito ao desenvolvimento pessoal e ao estabelecimento das relações com outras pessoas.

No mesmo sentido e ainda mais incisiva, fora a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH), cuja jurisdição alcança o Brasil, no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica* (2013), ocasião em que analisou a proibição do Estado da Costa Rica da técnica da fertilização *in vitro* no seu território¹⁶⁰:

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. (CORTEIDH, 2013, parág. 143)

Mais enfaticamente no mesmo julgado, a Corte relaciona o direito à vida privada como a denominada “autonomia reprodutiva”, assentando que:

¹⁵⁹ Fabre-Magnan (2019, p.109) constata os paradoxos a que se chega com a defesa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, entendido como um direito geral à autodeterminação ou a faculdade de cada de levar sua vida como quiser: “se a liberdade se satisfaz com a possibilidade de fazer todas as escolhas, ela pode também ser limitada por ela mesma, servir à sua alienação ou à sua própria renúncia.” O autor chama a atenção para os riscos consideráveis dessa ideia de liberdade vir a justificar a renúncia de muitos direitos humanos e, em alguns casos, acabar se traduzindo no poder concedido pelas próprias pessoas de se colocarem à disposição de outros. Essa interessante percepção contribui para ilustrar os efeitos dramáticos das relações de antagonismo entre direito e liberdade e entre as aspirações de liberdade negativa (não interferência) e as aspirações de liberdade como autodireção (liberdade positiva). O autor percebe o paradoxo como um erro decorrente da reivindicação de um direito tão geral, abrangente e quase ilimitado como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A nosso ver, entretanto, o antagonismo é ineliminável, integra as relações de oposição entre direito e liberdade, entre liberdade negativa e liberdade positiva, os quais são ao mesmo tempo complementares. A tragicidade a que conduz os extremos desses antagonismos pode ser atenuada com estratégias de compatibilização e limitação da liberdade tendo em vista outros bens também considerados fundamentais, para o que o desenvolvimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem muito a contribuir.

¹⁶⁰ Para um estudo detalhado do caso *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica* da CORTEIDH assim como seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro conferir Echaiz-Espinoza e Cristophoulos (2018).

[...] el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyen la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos. (CORTEIDH, 2013, parág. 146)

Além de indicar a relação entre liberdade reprodutiva e vida privada, a sentença da Corte Interamericana trouxe ao menos dois desdobramentos importantes que servem de pauta para a interpretação do direito brasileiro, especialmente em matérias que ainda não foram objeto de regulação legislativa (como a ausência de lei sobre a reprodução assistida) ou que ainda não obtiverem consenso nos tribunais pátrios – como o estatuto jurídico do embrião humano (ECHAIZ-ESPINOZA e CRISTOPHOULOS, 2018).

O primeiro deles se refere ao entendimento firmado pela Corte de que o acesso às técnicas de reprodução assistida está incluído entre os atos a serem protegidos pelo direito à vida privada e à liberdade reprodutiva, sendo desproporcional e, portanto, violadora dos preceitos convencionais, a proibição completa da técnica nos países integrantes da Convenção. A decisão contribui no sentido de incluir o acesso à reprodução assistida na proteção à liberdade reprodutiva (liberdade de procriar), ao menos de forma genérica, sem adentrar nos detalhes de sua limitação, já que é apenas sua proibição total que viola a Convenção.

O segundo diz respeito à interpretação da cláusula de proteção do direito à vida, previsto no artigo 4.1 da Convenção interamericana¹⁶¹. Para a Corte, o embrião humano não pode ser considerado pessoa para efeitos de proteção com base neste artigo e, ademais, a expressão “em geral” constante em tal dispositivo permite concluir que a proteção do direito à vida humana conferida pela Convenção não é absoluta, mas gradual e progressiva segundo o seu contínuo grau de desenvolvimento. A posição da Corte constitui uma importante pauta a ser observadas pelos tribunais brasileiros que têm posições contraditórias em relação ao tema. Enquanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) se alinha ao entendimento da CORTEIDH, no sentido de não atribuir personalidade ao embrião ou feto humano, adotando a

¹⁶¹ “Artigo 4. Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

linha da proteção gradual e progressiva da vida humana (ADI 3510/DF¹⁶² e ADPF 54/DF¹⁶³), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sinaliza corrente contrária, garantido direito à indenização por danos morais ao nascituro ao atribuir-lhe direitos de personalidade (ANDRADE, 2013)¹⁶⁴.

Ainda que o Brasil não adote normativamente nem jurisprudencialmente a tese do controle de convencionalidade, o STF admite a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, constituindo as decisões da CORTEIDH que interpretam a Convenção interamericana de Direitos Humanos não apenas importantes fontes de interpretação, mas também pautas normativas para aplicação do direito infraconstitucional no país, o que implicaria tornar o julgamento do Caso Artavia Murilo v. Costa Rica um precedente vinculante para a interpretação do art. 2º do Código Civil no que se refere ao início da personalidade e à proteção dos direitos do nascituro desde a concepção (ECHAIZ-ESPINOZA e CRISTOPHOULOS, 2018).

O STF nas duas ações citadas acima também oferece importante contribuição ao afirmar e definir a extensão do conteúdo do direito à liberdade reprodutiva. Na ADPF 3510, por exemplo, o tribunal compreende a liberdade reprodutiva como decorrente do direito ao planejamento familiar, ressaltando que o acesso à reprodução assistida constitui uma manifestação dessa liberdade estando protegida constitucionalmente:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". [...] **A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.** O princípio

¹⁶² Ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.104/2005) que permitia a utilização de embriões excedentes da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa científica.

¹⁶³ Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta com o objetivo de autorizar o aborto no caso de fetos anencéfalos. Nas palavras do Ministro Relator Marco Aurélio que redigiu o voto vencedor: “Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.” (BRASIL, ADPF n.54/DF, p.59)

¹⁶⁴ Em 2002, o STJ reconhece ao nascituro direito à indenização por danos morais decorrente da morte do pai antes do seu nascimento (Resp 399.028-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.02.2002.) Em 2010, mesmo após o julgamento da ADI 3510 em 2008, o STJ (REsp, n. 1.120.676-SC, Relator para o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino relator vencido, Min. Massami Uyeda, j. 07.12.2010) confere o direito aos pais de receber indenização por danos pessoais na condição de herdeiros pelo morte do feto causado por atropelamento da mulher que estava gestante, assumindo mais uma vez o nascituro como “titular de direitos de personalidade” (ANDRADE, 2013).

fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "*in vitro*". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". (BRASIL, ADI 3510/DF, pp.138-139, grifo nosso)¹⁶⁵

No julgamento sobre a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo (ADPF 54), a liberdade reprodutiva é reconhecida expressamente na ementa do acórdão¹⁶⁶ e invocada no voto de vários ministros na forma de direitos reprodutivos, liberdade e autonomia privada da mulher.

O ministro Marco Aurélio pontua que o tema trazido à Corte, envolve, além de outros princípios fundamentais, “o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres” (BRASIL, ADPF 54/DF, p.33)¹⁶⁷.

Antes de se manifestar a favor da interrupção da gravidez nesses casos, o ministro Joaquim Barbosa faz uma interessante observação quanto às exclusões legais de ilicitude do crime de aborto: elas representam um direito de escolha da mulher, nesses casos segundo o ministro, “estamos diante de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia da mulher” (BRASIL, ADPF 54/DF, p.149). Da forma muito mais intensa, em razão das

¹⁶⁵ Os ministros Joaquim Barbosa e César Peluzo, inclusive, argumentam em defesa da autonomia privada dos genitores para dispor sobre os embriões excedentes, doando-os para pesquisa. Segundo Joaquim Barbosa: “A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa”. (BRASIL, ADPF 54/DF, p.467). Compartilhando do mesmo parecer, o ministro César peluzo afirma que dever ser respeitado “o poder jurídico de disposição dos doadores sobre o material genético. O casal que forneceu os gametas para a formação do zigoto possui relativa mas indiscutível disponibilidade jurídica sobre ele.” (BRASIL, ADPF 54/DF, p.505).

¹⁶⁶ FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

¹⁶⁷ Mais adiante o ministro enfatiza: “Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.” (BRASIL, ADPF 54/DF, p.67).

circunstâncias que envolvem a gestação de um feto anencéfalo (ausência de viabilidade fetal), deve ser reconhecida pelo direito, ainda segundo o ministro, em nome dos princípios da liberdade, intimidade e autonomia privada da mulher, a legítima pretensão das mulheres de decidirem por si mesmas se desejam interromper ou dar continuidade à gravidez, introduzindo nesse ponto as seguintes considerações:

[...] cumpre ressaltar que **a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal**, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados. (BRASIL, ADPF 54/DF, p.150, grifo nosso)

O Ministro Celso de Melo além de reconhecer o necessário confronto que se impõe entre a proteção do direito à vida e os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, assume que esses últimos são parte integrante dos direitos humanos assegurados pelas conferências internacionais promovidas pela ONU, incluindo-se entre eles o direito de “praticar o aborto seguro (safe abortion), o de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, sobre questões atinentes à sua sexualidade” (BRASIL, ADPF 54/DF, p. 317).

Desse modo, podemos concluir, tanto pelos dispositivos normativos apontados como pelas decisões judiciais analisadas que é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro o direito à liberdade reprodutiva cujo conteúdo abrange a liberdade de não procriar (uso de contraceptivos, prática do aborto nos casos permitidos pela legislação e autorizados pela jurisprudência e a decisão sobre a esterilização cirúrgica), assim como a liberdade para procriar (elaboração do projeto parental, incluído aí o recurso à reprodução assistida¹⁶⁸ e a decisão sobre o número de embriões a serem implantados).

¹⁶⁸ Existe uma tendência em considerar a reprodução assistida como uma prestação na área da saúde reprodutiva a ser oferecida pela rede de saúde pública (PERLINGIERI, 2007). Essa tese é fortalecida pelo parecer da Organização Mundial de Saúde (OMS) que considera a infertilidade uma doença e recomenda o recurso a tratamentos paliativos, como a reprodução medicamente assistida, como forma de aliviar o sofrimento psíquico e emocional das pessoas portadoras dessa condição. Ainda que os serviços de reprodução assistida possam ser ofertados na rede pública estatal, entendemos que seu fundamento não pode ser o direito a saúde, mas sim o direito ao planejamento familiar em sua dimensão prestacional, que visa assegurar condições de liberdade a todos, inclusive aqueles sem recursos financeiros. Questiona-se o tratamento da infertilidade pela medicina reprodutiva enquanto doença, já que o foco da reprodução assistida não é o tratamento em si da infertilidade, mas sim a produção de bebês (CORREIA, 2001; LUNA, 2007). Tratar a infertilidade significa tratar suas causas tais como deficiências na alimentação, infecções uterinas e vaginais não tratadas e abortos realizados em condições sanitárias adequadas (CORREIA, 2001). Além disso, o tipo de cálculo muito comum na medicina entre custo e benefício de um procedimento não se adequa ao “tratamento” por meio das técnicas de reprodução assistida, já que ele compreende uma hiperestimulação ovariana “quase patológica” na tentativa de alcançar um resultado estatisticamente ainda falível (GOFFETTE, 2006). Embora o STJ não tenha ainda se manifestado especificamente sobre a obrigação estatal de custear a fertilização *in vitro* por meio da reprodução assistida como

Tal liberdade se configura, portanto, como um direito fundamental, implícito na dimensão negativa do direito ao planejamento familiar, previsto no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, cuja fundamentalidade resulta da vinculação das decisões reprodutivas com o livre desenvolvimento da personalidade e com a liberdade da vida privada¹⁶⁹.

O reconhecimento da liberdade reprodutiva como direito fundamental, entretanto, não significa assumir uma postura que legitima e autoriza quaisquer práticas no campo das decisões reprodutivas, nem a definição pura e simples do seu âmbito normativo como um direito a não impedimento estatal sobre as decisões de procriar e não procriar¹⁷⁰. A liberdade juridicamente protegida, na lição de Novais (2003), será sempre delimitada e, muitas vezes, funcionalizada em relação a certas finalidades estabelecidas pelo próprio constituinte.

A delimitação do âmbito de proteção da liberdade reprodutiva é uma tarefa, portanto, que só pode ser realizada levando em consideração o texto e contexto normativo constitucional no qual esse direito está inserido.

Particularmente em relação ao tema central da tese, caberia indagar se a liberdade reprodutiva prevista no ordenamento jurídico brasileiro inclui a possibilidade de utilizar as inovações da tecnologia em reprodução assistida, como o DGPI, para selecionar embriões conforme as características genéticas desejadas pelos futuros pais, como defendem Robertson (1996) e Abellàn (2006).

decorrência da dimensão prestacional do direito ao planejamento familiar, tem importantes precedentes no sentido de excluir a fertilização *in vitro* da cobertura obrigatória dos planos de saúde, conferir, por exemplo, o REsp 1692179/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017.

¹⁶⁹ Assumida em sua perspectiva ampla, já defendida entre nós por Silva (1998), e adotada pela jurisprudência das cortes europeia e interamericana de proteção de direitos humanos, como o direito de viver sua vida à sua maneira, conforme suas crenças e seus projetos pessoais.

¹⁷⁰ Isso implicaria na adoção da teoria ampla de definição do âmbito normativo dos direitos fundamentais tal como formulada por Alexy (2002), para quem todo o conteúdo da liberdade jurídica coincide com o da liberdade negativa porposto por Berlin, abrangendo, assim, o mais amplo espaço de não interferência estatal para fazer e ser o que quiser. Como bem adverte Novais (2002, p.413), essa teoria produz resultados insustentáveis, como o absurdo de se conceber, mesmo de forma *prima facie*, pretensas “liberdade” de matar, roubar e lesionar deduzidas de um suposto e abrangente direito fundamental de se fazer o que quiser. Como exemplifica o autor, o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade encerra, expressa ou implicitamente, seus limites naturais como “o direito dos outros, a lei moral e a ordem constitucional”. A teoria ampliativa resulta ainda em inconvenientes consequências metodológicas: confunde o plano da delimitação da previsão normativa dos direitos fundamentais com o plano das restrições, sobrecarregando neste último toda discussão sobre a compatibilização dos interesses e valores que, em razão de sua natureza principiológica, naturalmente se opõe. Em obra mais recente, Novais (2016) defende uma posição teórica “moderada” na definição do âmbito normativo dos direitos fundamentais, a qual se “assenta na ideia de estender, ainda que não ilimitadamente, a proteção conferida pelos direitos fundamentais, incluindo no âmbito protegido as modalidades de ação e de exercício que, de algum modo, apresentem alguma relação razoável com a vocação garantística do direito fundamental em causa” (NOVAIS, 2016, p.72). Na pesquisa, adota-se a postura moderada proposta por Novais (2016) especificamente para analisar se as práticas seletivas podem ser razoavelmente incluídas como posições jurídicas que merecem proteção *prima facie* no âmbito de proteção da liberdade reprodutiva, o que será examinado mais adiante no último capítulo da tese.

Assim, qualquer resposta a essa pergunta deve partir primeiramente da contextualização normativa do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro. A liberdade de procriar protegida pelo direito ao planejamento familiar (art. 226, CF) envolve um projeto parental, a ser realizado em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, situando-se especificamente na proteção conferida às famílias pela Constituição Brasileira.

Ao contrário da liberdade de não procriar (cujo objeto é a não constituição de prole) que fica adstrita à esfera mais privada da pessoa, afetando menos intensamente outras normas do ordenamento jurídico¹⁷¹, a liberdade de procriar envolve a decisão de ter uma criança ou de constituir uma família e, à medida que esse projeto se afasta dos meios naturais de reprodução, como ocorre com o recurso à reprodução assistida, sua esfera de proteção tenderá a diminuir tendo em vista os impactos que seu exercício possa causar a outras exigências do sistema diretamente associadas à proteção dos interesses da futura criança (como a determinação da filiação, da maternidade, da paternidade, ou mesmo necessidade de tutela objetiva de sua personalidade futura¹⁷²).

No caso da seleção genética embrionária pré-implantacional está em jogo não apenas a proteção dos interesses das futuras crianças, mas outras normas independentes do sistema que possam ser afetadas pelo sua prática, tais como a valorização e proteção da vida embrionária, a diversidade genética do ser humano, a vedação de discriminação assim como o dever estatal de reduzir as desigualdades sociais.

Aproximando-se da proposta que será desenvolvida na segunda parte do trabalho, seria possível adiantar que, não obstante o papel e a importância que a reprodução possa representar na construção da personalidade dos indivíduos, a liberdade reprodutiva não poderá ser concebida apenas como liberdade individual em face do Estado, com fundamento

¹⁷¹ A diferença entre a decisão de não procriar e a decisão de procriar e, conseqüentemente o seu grau de proteção, não é enfatizada por autores como Abellán (2006) ou Robertson (1996) que defendem a “liberdade reprodutiva”. Considera-se, no entanto, a diferença indispensável, pois enquanto a primeira pode, às vezes, se situar completamente no âmbito individual e íntimo, tais como utilizar métodos contraceptivos ou decidir pela prática do aborto (não obstante as divergências quanto à personalidade do nascituro), a segunda não depende apenas da vontade de uma pessoa, está condicionada à existência de um parceiro do sexo oposto, ou na ausência deste ou em caso de problemas de infertilidade entre os parceiros, dependerá da doação de gametas, de embriões ou até mesmo de úteros. Nesse sentido, a categoria da liberdade reprodutiva poderia comportar graus diferentes de proteção de acordo com a escolha que deve ser respeitada: a liberdade de não procriar, que envolve um âmbito mais íntimo e pessoal receberia uma proteção mais forte, enquanto a liberdade para procriar, à medida que para seu exercício seja necessário o recurso à reprodução assistida, estaria mais sujeita às restrições tendo em vista a afetação que esta possa causar a outros bens jurídicos importantes. O tema será retomado com a discussão acerca dos limites e restrições da liberdade de procriar no próximo capítulo.

¹⁷² Temática também a ser desenvolvida no próximo capítulo.

exclusivo no direito à vida privada ou na liberdade de ação geral, tal como defendido em algumas propostas extremamente redutoras.

A liberdade de procriar, cujo exercício resultará no nascimento de um novo ser, encontra-se vinculada não apenas por normas morais – “a responsabilidade para com o outro” – mas também por normas jurídicas incorporadas ao sistema que parecem situar a liberdade reprodutiva primariamente, para além de uma decisão pessoal fundada em desejos dos futuros pais, numa relação responsável para com a futura prole e ainda, de forma secundária, em modos de exercícios compatíveis com os valores espirituais de determinada comunidade.

A liberdade reprodutiva deverá compreender, assim, além da perspectiva individual, uma dimensão relacional e comunitária, construídas a partir do profundo significado que a reprodução tem nas vidas dos indivíduos (liberdade reprodutiva com fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade), de sua inevitável associação com o respeito à dignidade da pessoa humana e com a responsabilidade para com o futuro ser (paternidade responsável) e ainda de formas de exercício compatíveis e aceitáveis com outros valores comunitários abrigados em formas de normas jurídicas.

Para responder à indagação se a liberdade reprodutiva no Brasil alcançaria a liberdade dos futuros pais utilizarem o PGS e o DGPI em todas as suas aplicações ou parte delas, será necessário, primeiramente, adentrar na questão dos limites internos que conformam o conteúdo dessa norma (delimitação de seu âmbito normativo), assim como no enfrentamento das possíveis restrições que a mesma poderia vir a encontrar em confronto com outras normas do sistema jurídico.

SEGUNDA PARTE – PARÂMETROS JURÍDICOS CONFORMADORES DA LIBERDADE REPRODUTIVA

La libertad final, la que consiste precisamente en las determinaciones sobre la vida, es la caracterizaría el siglo que estamos viviendo. Una libertad que en el marco aquí presentado no puede quedar atrapada en el egoísmo, sino que se convierte en promotora de la solidaridad, la conexión, el vínculo social, y que, por tanto, es la vía para la construcción común de valores compartidos. (RODOTÀ, 2010, p.91)

1 O ALCANCE DA LIBERDADE PARA PROCRIAR EM FACE DOS DEVERES JURÍDICOS RELACIONADOS COM A REPRODUÇÃO

To a large extent, reproductive decisions are decisions about who comes into the world. (MILLS, 2011, p. 85)

Freedom without the concept of responsibility is merely egoism and responsibility without freedom is force. (HAKER, 2006, p.177)

Como a liberdade para procriar – cujas posições jurídicas até o momento estabelecidas pela legislação e jurisprudência nacionais compreendem a liberdade para decidir o melhor momento para reproduzir, o número de filhos, o intervalo entre eles e o acesso aos meios de reprodução assistida – poderia assegurar também aos futuros pais a liberdade para decidir sobre a utilização da seleção genética embrionária?

A resposta a essa pergunta deveria enfrentar uma série de complexidades, tais como a importância da reprodução na vida das pessoas, a conexão entre reprodução e o cuidado de futuras crianças, o fundamento da liberdade para procriar em face dos deveres para com a procriação, o papel arbitrário e violento que o direito pode exercer ao funcionar como último recurso de imposição de valores fragmentários numa sociedade pluralista e democrática, bem como sua mesma força para, no caso de sua retirada por completo, lançar as pessoas sobre o domínio de poderes privados.

As respostas mais comuns, entanto, para definir o alcance da liberdade reprodutiva no âmbito das tecnologias de seleção genética, como o DGPI, apresentam seus argumentos de forma oposta, binária – ou alcança ou não alcança –, seja por considerar a procriação um território sob o domínio da liberdade individual, seja por considerá-la uma reserva natural onde imperam os deveres¹⁷³.

Já se frisou anteriormente que essa oposição disjuntiva é inadequada, não apenas porque desconsidera a complexidade das diversas utilizações da seleção genética embrionária como também representa uma resposta jurídica simplista (por demais otimista ou por demais conservadora) à integração entre riscos e benefícios, medos e esperanças associadas à inovação tecnológica. Nessa segunda parte do trabalho, e especificamente neste capítulo, pretende-se demonstrar que tal oposição binária para abordar a técnica de seleção genética

¹⁷³ Conferir, por exemplo, as propostas analisadas no capítulo primeiro.

embrionária, em termos de permitida ou proibida, também é completamente inadequada sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, o qual embora ainda lacunoso com relação ao tema fornece diretrizes ao nível constitucional que permitem a harmonização entre as “liberdades” e “deveres” reprodutivos. Contudo, como também restará comprovado ao longo do capítulo, essa integração entre liberdade reprodutiva e responsabilidade reprodutiva não ocorrerá de maneira fácil, muito menos de maneira evidente e consensual.

Sob os parâmetros constitucionais limitadores da liberdade reprodutiva, como a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável pode se exigir muito ou muito pouco, a depender das concepções que se adote sobre cada princípio. Além disso, novamente a depender do conceito adotado, a exigência de proteção da dignidade da pessoa humana (enquanto proteção da “humanidade” ou da “espécie”) poderá colidir frontalmente com a ideia de paternidade responsável (cuidado pelo bem estar da futura criança): enquanto o primeiro princípio funcionaria como freio à seleção genética embrionária, o segundo resultaria em um estímulo.

Apesar das dificuldades decorrentes da indeterminação desses princípios, propõe-se nesse capítulo afastar criticamente algumas concepções que tendem a produzir possíveis incompatibilidades sem, contudo, afastar a complexidade inerente ao tema que, pelo espanto, pela novidade e pelo incômodo que provoca não apenas aos juristas, mas à sociedade como um todo, demanda um aberto e contínuo debate democrático que nem mesmo poderá ficar encerrado no âmbito do poder legislativo.

Outro objetivo desse capítulo será analisar e afastar uma perspectiva extremamente redutora da liberdade reprodutiva, cujo pano de fundo fora delineado por uma tradição liberal de definição de direitos fundamentais apenas como “trunfos” contra o Estado (dimensão subjetiva), descurando a dimensão “comunitária” desses direitos (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Levada a extremos, uma visão absolutamente subjetiva do direito à liberdade reprodutiva acaba proporcionando uma visão proprietária sobre futuras crianças e garantindo aos pais o direito exclusivo, quase absoluto, de realizar qualquer procedimento com os embriões produzidos em laboratório.

Desse modo, o âmbito de proteção da liberdade reprodutiva associada à liberdade genética embrionária não poderá ser baseado apenas no desejo dos pais, mas deverá atentar para a realização dos deveres relacionados com a procriação, perspectiva que, em nosso entender, será compatível com os critérios fixados no artigo 226, §7º da Constituição Federal que conformam o direito ao livre planejamento familiar.

Por outro lado, e já enfrentando a pretensa dicotomia entre liberdade reprodutiva e deveres reprodutivos, discutir-se-á se os limites¹⁷⁴ constitucionais mencionados, como pretendem alguns, situando a reprodução apenas no campo dos deveres reprodutivos, excluem por completo a inclusão das práticas seletivas embrionárias no âmbito de proteção da liberdade reprodutiva ou mesmo se afastam completamente qualquer possibilidade de liberdade na seara reprodutiva.

Por essa razão, segue-se o percurso metodológico sugerido por Novais (2003)¹⁷⁵: no primeiro momento, a interpretação do texto constitucional terá como objetivo incluir “as modalidades de ação e exercício que, de algum modo, apresentem alguma relação razoável com a vocação garantística do direito fundamental em causa” (NOVAIS, 2016, p.72) e, conseqüentemente, a exclusão daquelas não consideradas razoáveis. No segundo plano, será indispensável questionar se outras normas do sistema jurídico, frequentemente opostas à prática de seleção genética embrionária como elementos de restrição para seu exercício, teriam o condão de afastar completamente a proteção da liberdade reprodutiva nessas decisões¹⁷⁶.

¹⁷⁴ A palavra “limite” aqui é utilizada no sentido de parâmetro conformador do conteúdo de um direito, “de colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro” (NOVAIS, 2003, p. 156). Apesar de reconhecermos as divergências na doutrina constitucional sobre a teoria dos limites internos (teoria interna) e limites (e restrições) externas (teoria externa), bem como as críticas que são dirigidas a uma e a outra, adotamos a posição intermediária proposta por Novais (2003), pela qual os direitos fundamentais por possuírem uma reserva imanente de ponderação estão sujeitos às restrições em seu conteúdo, seja estas autorizadas ou não pelo próprio texto da Constituição. Tal posição não é incompatível com uma concepção ampla “moderada” do conteúdo e do âmbito de proteção de um direito, pela qual se admite a presença de critérios configuradores das liberdades fundamentais pelo próprio Estado Constitucional, variável segundo o direito fundamental em causa, “se mais ou menos fechado, mais ou menos funcionalizado ou finalisticamente orientado” (NOVAIS, 2003, p. 411 e NOVAIS, 2016, p.72). Dessa forma, os limites à liberdade reprodutiva, apontados mais adiante como sendo os princípios da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, presentes no próprio texto constitucional configuram e conformam seu próprio âmbito de proteção.

¹⁷⁵ Na lição de Novais (2003), a delimitação da previsão normativa de um direito e a discussão sobre seus limites (restrições) não se confundem, são planos distintos, embora devam ser analisados de forma sequencial. Assim, “antes de tratar do problema da limitação dos direitos fundamentais, ou seja, antes de determinar até onde e em que medida devem ou podem os direitos fundamentais ceder em função da necessidade de proteção de outros valores, há, pelo menos metodologicamente, que determinar o que é o que, à partida, num mundo de conflito e interesses opostos, os direitos fundamentais protegem enquanto garantias” (NOVAIS, 2003, p.410). O *lôcus* da liberdade reprodutiva no texto da Constituição Federal, como visto no capítulo, anterior, não permite a simples definição “à partida” do seu âmbito de proteção como liberdade de procriar e de não procriar, já que o constituinte a “formatou” ao lado dos deveres reprodutivos, funcionalizando-a, como se perceberá no texto.

¹⁷⁶ As complexidades que envolvem a configuração da própria liberdade reprodutiva em geral (seu questionamento e sua oposição em face dos deveres) e as complexidades próprias da temática em torno das práticas seletivas dificultam o esgotamento desse percurso metodológico em apenas um capítulo. Por isso, os dois planos, o da delimitação do âmbito de proteção da liberdade reprodutiva e o plano das restrições serão evidentes neste e no próximo capítulo, podendo-se entender que nessa primeira abordagem, a discussão se centra nas teses que discutem tais deveres e restrições à liberdade reprodutiva com o condão de extrair posições redutoras, no sentido de que ou as práticas devem ser excluídas ou protegidas. Já na segunda parte, desenvolvida no último capítulo, o objetivo será o de especificar quais práticas se incluíram e quais se excluíram, densificando os efeitos dessa delimitação. Essa extensão metodológica se justifica ainda em face da inexistência

Para se trilhar o caminho proposto neste capítulo, será contestada inicialmente a configuração da liberdade reprodutiva sob uma perspectiva extremamente redutora e seus efeitos, distanciando, assim, a posição adotada no trabalho daquelas posturas que – desconsiderando as exigências éticas e jurídicas associadas às decisões reprodutivas, as quais, como observa Mills (2011), em grande medida envolvem decisões sobre “quem” virá ao mundo – fundamentam a liberdade reprodutiva apenas na vontade ou no desejo dos pais de terem filhos.

1.1 Liberdade reprodutiva e seleção genética embrionária sob a perspectiva liberal: uma crítica à visão proprietária das futuras crianças

Em seu livro *“Enhancing Evolution”*, Harris (2007) discute sobre a possibilidade de utilizar as tecnologias reprodutivas para melhorar e otimizar algumas capacidades humanas assim como para reduzir e eliminar doenças, incapacidades e deficiências da vida das futuras pessoas.

Um dos argumentos centrais do autor para responder positivamente ao uso da seleção genética embrionária nessas hipóteses baseia-se no que denomina de “presunção democrática” a favor da liberdade: “cidadãos devem ser livres para fazer suas próprias escolhas à luz de seus valores, sejam tais escolhas ou valores aceitáveis ou não pela maioria” (HARRIS, 2007, p. 72, tradução livre)¹⁷⁷. Se a presunção é a favor da liberdade, quem a exerce não precisa demonstrar a “bondade” ou a “aceitabilidade” social de seu comportamento; porém, que pretende denegá-la ou limitá-la deverá oferecer fortes razões contra seu exercício, assumindo por completo o ônus de justificação.

Desse modo, o acesso às tecnologias reprodutivas e suas diversas aplicações devem ser em princípio livre, ainda que impopulares ou socialmente indesejáveis, só se admitindo limitações em razão de sérios e comprovados prejuízos – reais e presentes, não futuros ou especulativos (HARRIS, 2007) – que seu exercício venha a causar a outras pessoas.

de qualquer indicativo sinalizador, seja no texto constitucional, seja na legislação ou jurisprudência pátrias, de que o recurso à seleção genética possa ser pacificamente incluído ou excluído da proteção do direito à liberdade reprodutiva e que tal inclusão/exclusão possa ser feita dispensando juízos de valoração ou ponderação de interesses opostos, tal como exigido por Novais para seguir os dois passos metodológicos referidos acima em sequência. Por isso, reputa-se como indispensável antes de qualquer tentativa definitiva de inclusão da seleção genética embrionária no âmbito de proteção da liberdade reprodutiva, o que constitui a tese central do trabalho, analisar a contextualização normativa da liberdade reprodutiva, seus limites internos e externos, demonstrando as dificuldades de inclusão/exclusão na sua proteção de todas as modalidades de seleção genética.

¹⁷⁷ No original: “[...] citizens should be free to make their own choices in the light of their own values, whether or not these choices and values are acceptable to the majority”. (HARRIS, 2007, p. 72)

Para reforçar ainda mais a presunção democrática em favor da liberdade no campo da seleção embrionária, Harris destaca a liberdade reprodutiva em específico do simples exercício de escolhas triviais (tal como beber café ou jogar tênis) para situá-la como uma liberdade fundamental muito semelhante à liberdade de expressão de pensamento (HARRIS, 2007).

Em síntese, o modelo liberal proposto por Harris traz os seguintes resultados: 1) em defesa da liberdade de escolha como valor primário das democracias liberais, deve haver uma presunção a favor da utilização das técnicas de seleção genética embrionária como exercício da liberdade reprodutiva e 2) a noção de liberdade reprodutiva deve ser a mais ampla possível de forma a maximizar os desejos e preferências dos futuros pais, cabendo ao Estado em futura regulamentação restritiva, demonstrar claramente a existência de prejuízos reais a pessoas existentes.

Uma compreensão como a de Harris sobre a liberdade reprodutiva tem pressupostos e efeitos bastante questionáveis. Em sua base se encontra exclusivamente a proteção da escolha e da vontade dos futuros pais, uma visão moral “narcisista” da reprodução como realização do sujeito e uma noção quase ilimitada da liberdade para procriar. Em consequência, instala uma grande dificuldade para se estabelecer limites à liberdade reprodutiva e confere amplos e exclusivos poderes aos prospectivos pais para disporem dos futuros filhos conforme seus próprios interesses, resultando numa “visão proprietária das futuras crianças” (DILLARD, 2010).

O argumento da presunção democrática em favor da liberdade reprodutiva trata essa espécie de liberdade (como de resto todas as liberdades jurídicas definidas por essa concepção liberal) como um tipo de “liberdade natural” para fazer o que se quer, sem interferências externas. Verifica-se aqui a transposição pura e simples dos conceitos filosóficos de liberdade, no caso agora de liberdade negativa (liberdade da ação sem coação ou impedimento externo), para o direito, desconsiderando-se, contudo, que não existe em nenhuma ordem jurídica “o reconhecimento de qualquer direito – muito menos fundamental – a cada um poder fazer aquilo que quiser” (NOVAIS, 2003, p. 413).

A liberdade juridicamente protegida é sempre conformada e delimitada pelo próprio direito estatal, o qual garante, ainda dentro do âmbito dos direitos fundamentais, uma reserva de ação ou de construção da personalidade isenta de intromissões estatais arbitrárias e desproporcionais, dentro de um espaço coordenado por limites (expressos ou não) que lhe são inerentes, tais como “o direito dos outros, a lei moral e a ordem constitucional” (NOVAIS, 2003, 413).

Dessa forma, não faz sentido concluir que em matéria reprodutiva existiria uma presunção que garanta as pessoas o direito de fazer tudo o que quiserem, inclusive o de utilizar as tecnologias de seleção genética embrionária para realizar suas preferências, ressalvados apenas os casos *a posteriori* comprovadamente prejudiciais ao direito de outros, como pretende Harris.

A presunção a favor da liberdade reprodutiva também desconsidera a natureza peculiar das decisões nesse campo, ainda quando o autor tenta reforçar a importância de tais decisões, comparando-a com a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de crença. Primeiro, a liberdade reprodutiva não pode ser considerada como uma simples expressão da liberdade geral de ação (da liberdade de escolha entre agir ou não agir). Segundo, não pode ser equiparada à liberdade de expressão de pensamentos. Sua razão de ser, seu fundamento, encontra-se nos significados e valores sociais atribuídos à procriação e na importância que ela ocupa na definição dos planos de vidas das pessoas, como já assentado no capítulo anterior.

A sua garantia é necessária não apenas para proporcionar a liberdade de ação das pessoas ou mesmo sua integridade física, mas principalmente para assegurar seu desenvolvimentno espiritual e emocional, reservando-lhes uma zona de livre atuação para, conforme valores e crenças livremente internalizados, estabelecer vínculos com outras pessoas e assumir papéis sociais perante novos sujeitos de direito. Por isso mesmo, a liberdade reprodutiva não pode ser comparada à liberdade de expressão de pensamento ou de crença. Decisões reprodutivas poderão resultar na formação de novos sujeitos de direito, a liberdade de expressão, não (MILLS, 2001).

Chamando a atenção para essa diferença, Mills (2001, p.41) enfatiza que uma defesa da liberdade reprodutiva como “expressão do eu” tal como formulada por Harris, introduz uma forma de narcisismo moral que falha em reconhecer o outro como outro, impedindo a formulação de juízos de consideração e respeito por quem virá. Da mesma forma, Dillard (2010) afirma que perspectivas semelhantes à de Harris tendem a difundir uma moral na sociedade na qual não há deveres em relação à “futura criança”, promovendo uma espécie de irresponsabilidade na procriação.

Isso porque Harris, assim como outros autores de mesma tendência¹⁷⁸, não percebem que a construção da liberdade reprodutiva envolve uma atividade de “dar forma” a sua própria vida, mas ao mesmo tempo também de “dar forma” à vida de outros (MILLS, 2011).

¹⁷⁸ Como Robertson, por exemplo, para quem a liberdade reprodutiva é definida apenas sob o aspecto do indivíduo que decide pela reprodução biológica ou que pretende evitá-la. Assim, em sua concepção: “Procreative liberty is best understood as a liberty or claim-right to decide whether or not to reproduce. As

A decisão de procriar representa simultaneamente um passo a mais na construção da subjetividade dos futuros pais e um passo inicial em direção e ao encontro de uma nova subjetividade que virá, a criança futura. Não há como cindir a decisão de ter filhos da decisão de ser pais, pois a reprodução é uma atividade completamente relacional¹⁷⁹, seja em sentido físico ou moral, é sempre uma relação com o outro (MILLS, 2001). Nesse sentido, assim como a atividade reprodutiva não pode ser encerrada sob a perspectiva dos deveres, tal como refutamos no capítulo anterior, também não pode ser exclusivamente enquadrada na perspectiva dos direitos.

Dillard (2010) alerta para o fato de que uma compreensão liberal da liberdade reprodutiva “ilimitada ou abrangente” pode autorizar os prospectivos pais a disporem das “futuras crianças” como se fosse sua propriedade. A noção de “futura criança” da autora permite contornar as discussões polêmicas ou ainda indefinidas como no caso brasileiro, acerca do *status* jurídico do embrião *in vitro*¹⁸⁰, sem renunciar à necessidade de criação de deveres delimitadores e restritivos da liberdade reprodutiva.

“Futuras crianças” para Dillard representa uma abstração de uma classe de pessoas – assim como idosos, consumidores, jovens – mas que não existem ainda fisicamente, não são crianças existentes ou já nascidas, mas que irão existir nas próximas gerações. Embora não existam fisicamente, como uma classe de futuras pessoas existem moralmente e juridicamente. O ordenamento jurídico pode vincular as pessoas atuais por meio de deveres para com as gerações futuras de diversas formas. Assim, por exemplo, atua a regulação dos medicamentos que causam defeitos congênitos, a proibição de casamentos consanguíneos, do

such, it has two independently justified aspects: the liberty to avoid having offspring and the liberty to have offspring. Because each aspect has an independent justification, each may be conceived as a different right, connected by their common concern with reproduction.” (ROBERTSON, 2003, p. 447)

¹⁷⁹ Como desenvolveremos no próximo capítulo, da mesma forma que a introdução dessa perspectiva relacional do processo reprodutivo promove a discussão acerca do cuidado e da responsabilidade para com o “outro” nas decisões reprodutivas (ou seja, introduz a questões dos deveres), ela permite ampliar o âmbito da proteção da liberdade reprodutiva, anteriormente definido como o direito de decidir não ter filhos (com vínculo biológico ou genético) ou de decidir tê-los para alcançar também a proteção das decisões que levem em conta a criação e a educação das futuras crianças. Em outras palavras, se o significado existencial e ético da reprodução não reside apenas no fato de estabelecer um vínculo biológico ou genético com a descendência, mas sim na construção de vínculos familiares, com toda a vulnerabilidade e responsabilidade que ensejam, decisões dos futuros pais que envolvam a criação da futura criança também devem ser protegidas pela liberdade reprodutiva (MILLS, 2011).

¹⁸⁰ Não obstante a lacuna legislativa sobre o início da proteção do direito à vida e sobre a questão de se o embrião *in vitro* deve ser considerado pessoa no marco do ordenamento jurídico brasileiro, algumas decisões judiciais já citadas no capítulo anterior como a ADI 3510 e a ADPF 54, proferidas pelos STF e a a decisão da CORTEIDH no caso Artavia Murilo X Costa Rica Fertilização *in vitro*, fornecem parâmetros interpretativos para concluir que o embrião *in vitro* não é pessoa nem no sentido concreto, nem no sentido potencial, o que não implica a ausência de deveres estatais de proteção da vida humana em seu estágios mais remotos. O tema será retomado no tópico III deste capítulo.

incesto, a determinação da paternidade e maternidade nos casos de fertilização *in vitro* heteróloga, a atribuição de direitos sucessórios à prole eventual.

O conceito de “futuras crianças” se aplica a todos os membros dessa classe abstratamente considerados, não se confundindo com os indivíduos particulares, nem mesmo com crianças específicas que ainda nascerão. Mesmo não sendo possível determinar a identidade particular dos membros dessa classe e ainda desconsiderando o tipo de futuras pessoas que serão, o legislador pode, em nome de seus interesses futuros, fixar determinados deveres para ações atuais que possam afetar de forma prejudicial tais interesses (DILLARD, 2010).

Essa perspectiva introduz uma contundente crítica à noção de liberdade reprodutiva de Harris (considerada por Dillard como uma noção “abrangente ou ilimitada”) e permite avançar na discussão dos deveres relacionados com a reprodução e os limites da liberdade reprodutiva.

Harris não admite que considerações genéricas sobre o bem estar ou interesses de futuras gerações possam constituir parâmetros legítimos para regular ou mesmo restringir o exercício da liberdade reprodutiva¹⁸¹. Somente em caso de prejuízos “presentes, reais e não especulativos” a pessoas concretas específicas se admitiria tal restrição (HARRIS, 2006).

Com isso, o autor não descarta a possibilidade de avaliar se o exercício da liberdade reprodutiva deve ser limitado quando, como seu resultado, puder ser previsto que as condições e circunstâncias de vida de uma futura criança determinada forem tão ruins que a privará de ter uma vida digna (HARRIS, 2000). Por essa lógica, como enfatiza Campbell (2000) –, visto que são raros os casos em que se poderiam prever condições de vidas tão ruins em que seria “melhor não ter nascido” – qualquer controle ou regulação sobre a liberdade reprodutiva ficariam inviabilizados.

Exigir evidência clara de prejuízos à criança que nascerá ou a pessoas existentes acaba conferindo aos prospectivos pais, interesses e poderes (quase) absolutos e exclusivos sobre os seres que virão a existir, o que se, comparado com os deveres de paternidade e maternidade em relação à criança existente, jamais seria admitido. Como indaga Campbell (2000), porque essa perspectiva liberal deveria ser vista como a mais racional ou mais convincente?

¹⁸¹ Para ele, tais questões suscitam julgamento de ordem pessoal e não geral, como expressa: “*These general child welfare considerations would include almost anything that people feel conducive to the welfare or interests of people generally. These would of course include issues like whether or not it is better for children to be brought up believing in God, or following a particular religious faith, or in a very strict, or a very liberal environment, or facing an uncertain future.*” (HARRIS, 2000, p. 30)

Em verdade, a figura das “futuras crianças” enquanto um conceito de classe de futuras pessoas, parece se adequar melhor às justificativas do legislador nacional ao estabelecer à exigência de paternidade responsável e o respeito da dignidade da pessoa humana no exercício do planejamento familiar, assim como na fixação de regras para a determinação da filiação no caso da fertilização *in vitro*. Dessa forma, se o legislador atua para defender interesses futuros de crianças futuras, permitir aos prospectivos pais uma disposição absoluta sobre essa classe de futuras pessoas não seria adotar uma versão proprietária e, nesse sentido, até mesmo antiliberal da liberdade reprodutiva?

É o que conclui Dillard (2011): se não há deveres em relação à reprodução (apenas direitos de autodeterminação), se os futuros têm poderes amplos e exclusivos para definir relações jurídicas e morais das futuras crianças, para determinar o contexto material e afetivo em que viverão, sem interferência do Estado ou de terceiros, se os interesses das futuras crianças se confundem com interesses e desejos dos futuros pais, a liberdade reprodutiva não conferiria a esses uma espécie de direito de propriedade sobre futuras crianças?

Os pressupostos e efeitos da proposta de Harris devem, assim, ser afastados. A liberdade reprodutiva não se fundamenta apenas na liberdade de escolha, mas sim na importância dos valores associados à reprodução e no significado que a criação de filhos representa na vida das pessoas. As decisões reprodutivas, especificamente a decisão de procriar, não são apenas manifestação da autodeterminação das pessoas ou expressão de valores e crenças pessoais, mas resultarão na formação de novos sujeitos de direitos. Em defesa de futuros interesses desses futuros sujeitos de direito, o ordenamento jurídico poderá impor deveres atuais aos futuros pais, delimitando-lhes a liberdade reprodutiva.

Nesse sentido, a questão se a seleção genética embrionária deve estar protegida pela liberdade reprodutiva e em que medida deve atuar essa proteção em relação às diversas finalidades da técnica, é uma pergunta que não pode ser respondida com base em modelo de definição de liberdades fundado apenas na vontade ou desejo de seus titulares, mas sim em um modelo de liberdades respaldado na importância dos interesses defendidos por seus titulares, a qual justifica uma não interferência estatal e de particulares para a prática de determinados atos¹⁸².

¹⁸² Dillard critica o método utilizado por defensores da concepção ampla do direito à liberdade reprodutiva para identificar o conteúdo dessa liberdade. Segundo a autora, um modelo baseado na vontade e nos desejos (*will-based rights model*) das pessoas para justificar a existência de um direito, tem por base a valorização da liberdade e a ideia do indivíduo completamente soberano para fazer o que quiser, independente do conteúdo dos seus atos, o que contrasta frontalmente com outro modelo de identificação de direitos que tem por base a importância dos interesses: “*a person may be said to have a right if some aspect if and only some aspect of her well-being (some interests of hers) is sufficiently important in itself to justify holding some other persons to be*

Será necessário, assim, buscar uma visão de liberdade reprodutiva menos “proprietária”, menos “abrangente” e menos “ilimitada”, que incorpore internamente os limites dos deveres em relação à reprodução e que possa conviver com restrições externas, razoavelmente estabelecidas para assegurar os interesses das “futuras crianças” ou outros interesses também dignos de igual proteção constitucional.

Essa via não é, contudo, imune a outros efeitos tão incongruentes quanto a alternativa liberal, já que a trajetória que se segue em nome dos deveres, da proteção dos interesses das futuras crianças ou de outros motivos de “ordem pública” para limitar a liberdade reprodutiva, pode resvalar em um paternalismo estatal injustificado –, como injustas restrições de acesso aos serviços de reprodução assistida a mulheres solteiras e a pessoas em união homoafetiva – ou no que é pior: na apropriação e no uso dos instrumentos coercitivos do direito por visões morais e religiosas de certa parcela da sociedade que reivindica uma posição excessivamente restritiva ou mesmo contrária à construção de qualquer tipo de liberdade no campo da procriação.

Tendo em vista os resultados não menos questionáveis a que a ênfase nos deveres reprodutivos ou nas várias “razões de ordem pública” pode chegar, nos próximos tópicos se analisa o que poderia razoavelmente ser invocado como limites da liberdade reprodutiva e o que não poderia, partindo inicialmente dos condicionamentos constitucionais da liberdade reprodutiva: os deveres de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana e a observância da paternidade responsável.

Registra-se antecipadamente, contudo, a cautela e a parcimônia em tratar esses dois princípios de forma abreviada em único tópico. Como refoge aos objetivos da tese, isentamos de qualquer tentativa de reconstituição ou reelaboração de conceitos em torno desses princípios dotados de alto grau de abstração e indeterminação e cujo conteúdo tem sido objeto de acirradas e intensas discussões, em especial em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. Um dos objetivos principais do tópico seguinte é demonstrar como a textura aberta desses princípios jurídicos possibilita visões completamente diferentes e até mesmo opostas sobre licitude da seleção genética embrionária, a depender do ponto de vista filosófico, moral ou mesmo religioso adotado sem, no entanto, deixar de apontar quais interpretações poderiam ser compatibilizadas.

under a duty” (DILLARD, 2011, p.77). A diferença de efeitos entre um modelo e outro é que no primeiro caso, todas as intervenções nesse direito devem ser justificadas pelas outras pessoas, enquanto no segundo modelo, seu titular deve justificar a não interferência em seu direito, dada a importância da sua conduta e do seu desejo.

Justamente por considerar esse fato e, sobretudo pela invocação que se faz desses princípios como deveres e limites a uma liberdade fundamental (como a liberdade reprodutiva), é que se adota uma postura crítica em relação ao que se pode extrair de ambos apenas com base na leitura do texto constitucional. Visões tão conflituais e opostas sobre o que é juridicamente devido a partir desses princípios constitucionais, como se esclarece a seguir, dificulta muito sua utilização como argumentos absolutos e definitivos para proibição (ou até mesmo imposição¹⁸³) da seleção genética embrionária e para o consequente afastamento da liberdade reprodutiva nessa área.

1.2 Delimitação do âmbito normativo da liberdade reprodutiva: entre os deveres de proteção de promoção da dignidade da pessoa humana e o dever da paternidade responsável

Uma concepção liberal abrangente como a de Harris sobre a liberdade reprodutiva, cujos pressupostos e efeitos foram questionados acima, também não seria compatível com o parágrafo sétimo do artigo 226 da Constituição Federal¹⁸⁴. Ao contrário de uma noção “mais ampla possível” sobre a liberdade reprodutiva, o texto constitucional introduziu certos condicionamentos a conduta dos futuros pais, incorporando uma dimensão que pode ser denominada de “deveres reprodutivos”: o planejamento familiar é uma decisão livre, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. De forma bastante significativa, o texto também veda ao Estado e a entidades privadas a implementação de medidas coercitivas nessa área, no claro intuito de evitar a imposição de políticas oficiais ou não de controle de natalidade e demográfico (RODRIGUES, 1992).

A inserção de condicionamentos éticos para o exercício do planejamento familiar seguida da proibição de medidas coercitivas no campo reprodutivo representa bem a composição dos interesses que atuaram na elaboração desse dispositivo. Segundo Rodrigues (1992), a redação final do parágrafo sétimo durante a Assembleia Nacional Constituinte fora resultado de um “acordão” ao qual os constituintes tiveram que chegar diante de tantos impasses que o tema suscitara ao longo do processo de votação nas comissões. O estudo da autora demonstra como a norma em questão, gestada em um processo constituinte complexo, conflituoso e rico em posições divergentes, logrou alcançar um equilíbrio entre interesses

¹⁸³ Conclusão que resulta de determinadas visões acerca da paternidade responsável, como se analisará mais adiante.

¹⁸⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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.

diversos dos segmentos sociais atuantes, sem propriamente obter um consenso sobre o tema amplamente debatido.

O assunto relativo ao planejamento familiar fora discutido primeiramente na subcomissão da Família, Criança, Adolescente e Idoso. Nessa fase inicial, conforme o panorama traçado por Rodrigues (1992) foram elaborados dois anteprojetos¹⁸⁵ após audiências públicas, recebimentos de propostas de constituintes e de setores da sociedade e da discussão de várias emendas apresentadas por estes após a apresentação de cada anteprojeto pelo relator. Ainda na fase dos debates públicos já se destacavam duas tendências marcantes e opostas – uma visão ético-cristã – que insistia pela introdução no texto de parâmetros morais para as decisões reprodutivas, como o respeito à dignidade da pessoa humana, à paternidade responsável e inclusive o respeito à vida desde o momento da concepção - e outra corrente de matriz liberal, voltada para a prevalência da liberdade e da autonomia da pessoa, com ênfase na garantia política da liberdade reprodutiva contra ingerência externas do Estado e a proteção contra a imposição e políticas demográficas. Essa oposição seguiu-se por todo o processo constituinte, prolongando-se até a votação do projeto de Constituição no plenário.

Em grande medida o confronto de ideias fora sustentado pela ampla participação de segmentos da sociedade, como a Igreja Católica, o movimento feminista e entidades privadas de planejamento familiar que já atuavam no país. Na subcomissão temática, prevaleceu a tendência cristã, fortemente organizada pela bancada de constituintes católicos e evangélicos, além do reforço da participação constante de membros da igreja católica nos debates e audiências. Já na Comissão temática (Família, Educação, Cultura, Esporte e Tecnologia), os anteprojetos enviados pela subcomissão são rediscutidos e os substitutivos¹⁸⁶ apresentados

¹⁸⁵ Redação do primeiro anteprojeto: “Artigo 3º: O planejamento familiar, fundado nos princípios da paternidade responsável e dignidade humana e no respeito à vida, é decisão do casal, competindo ao Estado colocar à disposição da sociedade recursos educacionais, técnicos e científicos recomendados pela medicina, para o exercício desse direito. Parágrafo 1º: Os programas de planejamento familiar levarão em conta as condições de saúde, educação, cultura e lazer a serem conferidas às famílias. Parágrafo 2º: As pesquisas e experiências de genética humana dependem da aprovação dos órgãos competentes, não sendo permitida: I. Qualquer prática que atente contra a vida e a dignidade da pessoa humana. II. A manutenção de embriões humanos, para fins experimentais ou comerciais.” Após propostas várias emendas, o texto deu origem ao segundo anteprojeto da Subcomissão: “Artigo 3º: O planejamento familiar, fundado nos princípios da paternidade livre e responsável e dignidade humana e no respeito à vida, desde a concepção, é decisão do casal, competindo ao Estado colocar à disposição da sociedade recursos educacionais, técnicos e científicos recomendados pela medicina, para o exercício desse direito. Parágrafo 1º: Os programas de planejamento familiar levarão em conta as condições de saúde, educação, cultura e lazer a serem conferidas às famílias. Parágrafo 2º: As pesquisas e experiências de genética humana dependem da aprovação dos órgãos competentes, não sendo permitindo: I. qualquer prática que atente contra a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana. II. Inseminação ‘post mortem’, a maternidade substitutiva, os bancos de embriões humanos, a fecundação *in vitro*, a criação e preservação de embriões e a procriação ‘artificial’ com fins comerciais ou experimentais. Parágrafo 3º: É proibida a venda de órgãos de pessoas vivas.” (RODRIGUES, 1992)

¹⁸⁶ Primeiro substitutivo da Comissão temática: “Art. 49 – São vedados os programas antinatalistas, públicos e privados. Art. 50 – É assegurado aos cônjuges o direito a livre determinação do número de filhos. Parágrafo 1º:

pelo relator demonstram que a corrente liberal, notadamente impulsionada pela participação ativa do movimento feminista nessa fase, começou a ganhar força, logrando a retirada dos condicionamentos morais do caput do artigo, inclusive a proteção do direito à vida desde a concepção (RODRIGUES, 1992).

Contudo, pela grande dissensão gerado entre os constituintes, nenhum substitutivo fora aprovado e o tema chegou à Comissão de Sistematização sem anteprojeto para ser apreciado, a qual teve elaborar seu próprio anteprojeto. Nesse período, a tendência liberal prevaleceu, mantendo-se a retirada dos condicionamentos éticos propostos pela corrente cristã e garantindo-se uma ampliação da liberdade reprodutiva a todos os “homens e mulheres” e não apenas ao “casal” ou aos “cônjuges”. Dois substitutivos¹⁸⁷ foram apresentados, após debates e emendas, tendo a discussão se prolongado tanto sem consenso que o segundo substitutivo acabou sendo aprovado por decurso do tempo, sendo então remetido ao plenário para ser votado em primeiro turno. Em plenário, toda a discussão é retomada, inclusive a proposta de incluir o respeito à vida desde a concepção e, novamente, diante do impasse, as lideranças partidárias tiveram que sentar à mesa e entrar em acordo sobre a redação do texto (RODRIGUES, 1992).

Dessa forma, como que agradando a “gregos e troianos”, o texto final fora “costurado” de forma a responder às exigências da ética cristã, prevendo a inserção de deveres reprodutivos, sem, contudo, permitir a ingerência arbitrária e coercitiva do poder público no campo das decisões reprodutivas, correspondendo, assim, às aspirações mais liberais.

Compete ao Estado colocar à disposição da sociedade e do casal recursos educacionais, técnicos e científicos para o exercício do direito assegurado no caput deste artigo. Parágrafo 2º: Os órgãos governamentais somente poderão implantar programas de planejamento familiar que tenha também em vista a melhoria das condições de trabalho dos cônjuges, e de habitação, saúde, educação, lazer e segurança das famílias. Parágrafo 3º: São vedadas práticas científicas que atentem contra a vida, integridade física e a dignidade da pessoa.” Após emendas, elaborou-se o segundo substitutivo: “Art. 50 - São vedados os programas antinatalistas, públicos e privados. Art. 51 – É assegurado aos cônjuges o direito a livre determinação do número de filhos. Parágrafo 1º: Compete ao Estado e às demais instituições da sociedade colocar à disposição da sociedade e do casal recursos educacionais, técnicos e científicos para o exercício do direito assegurado no caput deste artigo. Parágrafo 2º: Os órgãos públicos e privados somente poderão implantar programas de planejamento familiar que tenha também em vista a melhoria das condições de trabalho dos cônjuges, e de habitação, saúde, educação, lazer e segurança das famílias. Parágrafo 3º: São vedadas práticas científicas que atentem contra a vida, integridade física e a dignidade da pessoa.”

¹⁸⁷ Primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização: “Artigo 298 – É garantido a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de filhos, vedado todo tipo de prática coercitiva por parte do Poder Público e de entidades privadas. Parágrafo Único – É obrigação do Estado assegurar o acesso à educação, à informação e aos meios e métodos adequados de controle da natalidade, respeitadas as convicções éticas e religiosas dos pais.” Redação do Segundo substitutivo na Comissão de Sistematização: “Art. 256 - A família tem especial proteção do Estado. Parágrafo 4 – É garantido a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de filhos e o planejamento familiar, vedado todo tipo de prática coercitiva por parte do Poder Público e das entidades privadas.”

Mesmo gerada em um contexto político conflituoso e não consensual, mas justamente por ter emergido da composição de interesses diversos, a norma constitucional se “desprega” das intenções divergentes dos constituintes para lograr um sentido próprio, atual e prospectivo, que deve convergir para um sentido não contraditório e, sobretudo, um sentido que não pretenda ver expresso aquilo que na Constituinte resultou em um embate de soma zero. Nesse sentido, a nosso ver, longe de justificar uma atuação mais enérgica dos poderes públicos para limitar o exercício da liberdade reprodutiva em nome de deveres reprodutivos, na tentativa de fazer prevalecer uma determinada tendência não vitoriosa durante o processo constituinte, o dispositivo deve ser interpretado como um parâmetro de equilíbrio ético-jurídico entre a responsabilidade e a liberdade nas decisões reprodutivas¹⁸⁸.

E se como base desse equilíbrio, o constituinte expressamente exigiu que o Estado se abstinhasse da imposição compulsória de determinados comportamentos reprodutivos (tais como limitação do número de filhos, aborto ou esterilização compulsórios, obrigatoriedade de uso de determinados meios contraceptivos etc), seria razoável inferir que para mantê-lo, também se exige que os impedimentos jurídicos impostos a certas escolhas reprodutivas possam, por sua vez, ser bem fundamentados e justificados primariamente no respeito à dignidade da pessoa humana ou na paternidade responsável. A busca pelo equilíbrio entre liberdade e responsabilidade reprodutiva deve constituir o norte da interpretação do parágrafo sétimo do art. 226 da Constituição Federal.

E se esta interpretação estiver correta, ela deve constituir-se em parâmetro não apenas a ser levado em consideração na formulação de políticas públicas de planejamento familiar e na

¹⁸⁸ O que é compatível com uma leitura de que tal dispositivo constitucional instaura não apenas a legitimidade de fala e do discurso dos chamados direitos reprodutivos no país, mas também sua normatividade (PIOVESAN, 2002). Analisando a divergência entre posições e forças controlistas (alinhadas sobretudo à tendência internacional de implementação de políticas estatais de controle de natalidade em países subdesenvolvidos) e natalistas (capitaneadas pela influência da Igreja Católica e dos simpatizantes de sua doutrina) atuantes na constituinte e nos debates legislativos sobre a regulamentação do planejamento familiar, Ávila (1994, p. 21) já sugeria que a visão normativa a partir dos direitos reprodutivos traria uma “contribuição fundamental para quebrar a perspectiva dualista e simplificada de que o controle é o lado mau e o natalismo é o lado bom, ou vice-versa. Em ambas as posições podem ser encontradas propostas perversas que atentam contra a cidadania e, mais particularmente, contra as mulheres, trazendo sempre a imposição da opinião de alguém ou de grupos de poder sobre como devem agir mulheres e homens na sua vida reprodutiva e sexual. Colocam, sobretudo, o peso da responsabilidade sobre as mulheres que, na maioria dos casos, vivem em condições de extrema precariedade e total falta de possibilidade de escolha. Já quando são colocadas no patamar do direito, da cidadania, as pessoas (sobretudo as mulheres) deixam de ser objetos de boas ou más intenções e tomam-se sujeitos de seus desejos, consciências, posições filosóficas e/ou teológicas. Quanto ao fato de a carência (e este é o caso do Brasil) não permitir a realização de escolhas efetivas, justamente para transformar a realidade é que a noção de direitos é construída enquanto instrumento político que não se cola nem se nivela pela necessidade, mas deve, dialeticamente, ser usado para sua transformação. A vigência desses direitos deve trazer consigo a exigência de corrigir desigualdades, de classe, de raça e de gênero.”

legislação regulamentadora da liberdade reprodutiva (como no marcol legal da reprodução assistida), mas também na elaboração de propostas teóricas sobre as possibilidades de exercício da liberdade reprodutiva.

Por essa razão, e à luz desse critério interpretativo, passamos a enfrentar algumas concepções que invocando um ou outro dever reprodutivo acabam por concluir pela ausência de liberdade reprodutiva, afetando o equilíbrio teleológico proposto pela norma constitucional.

Ressalta-se ainda que tanto a dignidade da pessoa humana como a paternidade responsável foram pensados inicialmente pelos constituintes (de tendência cristã) como princípios éticos ou condicionamentos morais às decisões reprodutivas. Inseridos no texto constitucional, porém, tais princípios revestem-se de caráter jurídico, podendo o poder público, usar da força imperativa do direito para em defesa desses princípios limitar a liberdade reprodutivas das pessoas. Esse fato, que por si só já reclamaria a cautela do intérprete constitucional, aliado ao alto grau de abstração dessas normas impõe sérias reservas sobre o que se poderia exigir jurídica e definitivamente em nome desses princípios.

Iniciemos com o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do planejamento familiar. Uma primeira pergunta poderia causar algumas perplexidades: a dignidade de quem especificamente deve ser respeitada, protegida e promovida pelo parágrafo sétimo do artigo 226? Dos futuros pais que irão exercer a liberdade reprodutiva, do nascituro no útero materno, do embrião *in vitro* no laboratório, da vida humana de forma geral, da humanidade como um todo, da espécie humana ou, ainda, das futuras gerações?

Os possíveis múltiplos titulares surgem em meio as mais variadas concepções de dignidade, as quais introduzem, além de uma evidente ambiguidade e oposição de sentidos normativos¹⁸⁹, uma complexidade na análise, interpretação e aplicação do princípio como limite à liberdade reprodutiva.

Está claro que a preferência do constituinte foi pela adoção do termo dignidade da “pessoa humana”, preterindo expressões similares como “dignidade humana” e sinalizando, como enfatiza Sarlet (2001, p.53, nota 72), que “é a dignidade da pessoa humana (de cada e à evidência, de todas as pessoas) concreta e individualmente considerada objeto precípua do reconhecimento e proteção pela ordem constitucional”. Esse ponto de partida, porém, não

¹⁸⁹ Haja vista a possibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana ter potencial para incidir tanto ao lado da liberdade reprodutiva ou em seu reforço, ratificando a liberdade dos futuros pais contra interferências estatais indevidas, violadoras de sua integridade física, psíquica e moral, notadamente por meio de medidas coercitivas nessa área, como também apresenta um amplo leque de visões nas quais o princípio assume a forma de limite ou interferência na liberdade reprodutiva dos futuros pais.

exclui em princípio outras ilações que são feitas pela literatura jurídica associando o princípio à dignidade da “vida humana” (HABERMAS, 2004), à dignidade da “humanidade” (ANDORNO, 2013) e nem mesmo dissipa por si só as discussões sobre a dignidade “do ser humano”, compreendida aí sua existência pessoal desde a concepção (BALLESTEROS, 2001).

Ao lado do problema da identificação da titularidade da dignidade, encontra-se a questão das diversas funções ou dimensões que esse princípio pode assumir, ou seja, além de constituir na “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade” (SARLET, 2001, p.62), o princípio também pode se configurar como um valor objetivo a ser promovido e protegido pelo Estado, passando a desenvolver “potencialmente efeitos restritivos da liberdade individual em diferentes planos normativos” (NOVAIS, 2016, p. 101).

Assim, além de uma perspectiva subjetiva, que reclama proteção da dignidade da pessoa concreta contra intervenções arbitrárias do Estado e de terceiros, existe uma perspectiva objetiva, pela qual a dignidade é assumida como valor constitucional objetivo e utilizada pelo Estado para limitar o exercício de direitos fundamentais, mesmo que em situações concretas, não haja sequer uma “*vítima* identificável -, seja ela perspectivada como dignidade humana de outros titulares de direitos fundamentais ou mesmo enquanto dignidade do próprio titular do direito fundamental em questão.” (NOVAIS, 2016, p.100).

Segundo Novais (2016), os resultados práticos da invocação do princípio nesse último sentido poderiam ser: 1) defesa, em seu nome, da inconstitucionalidade de eventual legislação mais protetiva e ampliadora das liberdades fundamentais; 2) no caso de ausência de lei, poderia ser utilizado como fator de pressão para atuação legiferante mais restritiva, impondo-se proibições e tipificando-se certas condutas criminalmente e ainda 3) mesmo sem previsão normativa, poderia consistir em um argumento direto para a administração pública e o poder judiciário restringir direitos fundamentais. Em princípio, admitindo-se a tese de que a constituição brasileira também acolhe os direitos e princípios fundamentais como “ordem objetiva de valores”, não haveria maiores resistências em se aceitar tais resultados, já que nesses casos o “princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes” (SARLET, 2001, p.123).

O problema é que na prática, muitas vezes, esse tipo de invocação do princípio da dignidade da pessoa humana pode resultar em aplicações e sentidos bastante controversos,

conflituais, em que só uma parcela da comunidade se identifica¹⁹⁰ ou mesmo pode servir a utilizações abusivas quando se verifica a “mobilização confessional”¹⁹¹ da dignidade por parte de grupos religiosos ou mesmo juristas alinhados às doutrinas desses grupos (NOVAIS, 2016).

A literatura crítica a essa perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana (HENNETTE-VAUCHER, 2011; NEUMANN, 2009; CAUFIELD e BROWNSWORD, 2006, RODRÍGUEZ, 2011) aponta uma espécie de cisão entre as potencialidades iniciais do princípio e sua utilização posterior: tendo inicialmente surgido ao lado dos direitos humanos, para reforçar a proteção das liberdades e dos direitos mais fundamentais das pessoas, passou com o tempo a atuar no pólo oposto, contra tais liberdades e direitos, constituindo-se em um repositório para imposição de obrigações. No mesmo sentido, Novais (2016) identifica uma utilização do princípio da dignidade da pessoa humana ao “lado” dos direitos fundamentais e outra “contra” os direitos fundamentais, advertindo em relação a este último sobre a necessidade de cautela em sua invocação.

O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana como limite e como dever ampliou-se de forma acentuada a partir dos debates travados no âmbito jurídico internacional acerca dos impactos do desenvolvimento e das inovações proporcionados pela biotecnociência. Diversamente da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e dos demais pactos de Direitos Humanos, cuja ênfase fora a dignidade da pessoa humana como fundamento desses direitos, a Declaração Universal do Genoma Humano de 1997 da Unesco, assim como o Convênio Europeu da Biomedicina trouxeram dispositivos que interligam dignidade e genoma humano, dignidade e espécie humana¹⁹². Ambos os documentos

¹⁹⁰ Conferir, por exemplo, estudo de Henne-vauchez (2011) no qual a autora aponta diversos casos judiciais controversos e bastante criticados, cujo fundamento decisório fora o princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao exercício de liberdades fundamentais (caso do arremesso de anão na França, o julgado que impôs cortes de cenas sexuais ou pornográficas em filmes (Israel), a proibição do peep-show na Alemanha, proibição de prostituição na África do Sul, a proibição de tratamento para salvar a vida na França, proibição do sadomasoquismo na Bélgica).

¹⁹¹ Segundo Novais (2016, p.128), a mobilização confessional do princípio da dignidade da pessoa humana envolve a exigência de respeito a uma concepção de dignidade da pessoa humana “[...]exclusiva, fracturante, particularista, frequentemente desqualificadora das concepções de dignidade de quem não perfilha os mesmos pressupostos teológicos, em nome de uma ‘ética de máximos’ transpessoal, opressiva e imprópria de um Estado de Direito plural e inclusivo.” A mobilização confessional resulta assim na “tentativa de capturar o ordenamento estatal para a imposição coercitiva a toda a sociedade de uma mundividência particular e não compartilhada” (NOVAIS, 2016, p.128).

¹⁹² Conferir Declaração Universal do Genoma Humano (1997) “Artigo 1º- 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.”, assim como também o Convênio Europeu da Biomedicina: “*Artículo 1.- Objeto y finalidad Las partes en el presente Convenio protegerán la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizarán -a toda persona sin discriminación- el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina.*”

inistiram, como registra Grande (2002), em uma concepção de dignidade como exigência ou dever de não intervenção (por parte da ciência, da pesquisa e da biotecnologia) nos elementos biológicos/naturais da corporeidade humana, promovendo certa biologização da dignidade ou uma dignificação do biológico e do natural (NEUMANN, 2009).

Andorno (2013) explica que essa acepção da dignidade desenvolvida nos últimos anos – com vista a proteger a humanidade como um todo (inclusive futuras gerações, seres concebidos) e a identidade e integridade da espécie humana – fora necessária diante da insuficiência dos direitos humanos para resistir aos desafios biotecnológicos e da inexistência de outro valor referente à humanidade. Nesse sentido, a noção de dignidade humana é adotada como último recurso, *“como una suerte de última barrera frente a la amenaza de alteración de características básicas del género humano que podrían resultar ciertos desarrollos biotecnológicos”* (ANDORNO, 2013, p. 6).

Tamanho foi (e continua sendo) o receio, o medo, o desconforto e o mal-estar social causado pelo avanço da biotecnologia que a discussão no plano internacional resultou em documentos que expressam certa atitude tecnofóbica¹⁹³ e um tipo de especismo (valoração injustificada da natureza humana) inaceitáveis (GRANDE, 2002)¹⁹⁴. Ainda que justificável e louvável a preocupação no âmbito internacional com os efeitos das intervenções no campo da

Vale registrar alguns comentários às disposições do Convênio constantes no Informe Explicativo do Conselho da Europa relativamente a este dispositivo: *“19. El Convenio también emplea la expresión “ser humano” para afirmar la necesidad de proteger la dignidad e identidad de todos los seres humanos. Se reconoce la existencia de un principio aceptado universalmente según el cual la dignidad humana y la identidad del ser humano deben respetarse tan pronto como la vida comienza.”* Sobre o preâmbulo da Convenção esclarece o informe que o objetivo do instrumento não seja apenas proteger o indivíduo, mas a sociedade com um todo e à espécie humana: *“14. Sin embargo, al comienzo del preámbulo era necesario tener en cuenta los avances reales de la medicina y la biología, indicando al mismo tiempo la necesidad de usarlos solamente para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Este interés ha sido afirmado a tres niveles: — El primero es el del individuo, que tenía que ser protegido de cualquier amenaza derivada del uso inadecuado de los avances científico— El segundo nivel se refiere a la sociedad. Además, en este campo concreto, y en mayor medida que en otros muchos, el individuo debe considerarse también como parte constitutiva de un cuerpo social que comparte determinados principios éticos y se rige por normas legales. La tercera y última preocupación se refiere a la especie humana. Muchos de los logros actuales y futuros se basan en la genética”.*

¹⁹³ Como afirmam Claudfield e Brownsword (2006, p. 74), a ênfase no recurso à dignidade humana como fator de proibição das aplicações tecnológicas não é propriamente pelo fato da tecnologia ser insegura ou com o risco de ser usada de forma abusiva, mas sim porque se considera a tecnologia ruim em si mesma, ainda quando ela promove aquilo que é bom e correto. Nas palavras dos autores: *“One of the most striking features of this dignitarian objection is a concern not that the technology might be unsafe or might be abused but that it might work. For the dignitarian alliance, the damage is done not when the biotechnology goes wrong but when it goes right.”*

¹⁹⁴ Alertando sobre a atitude tecnofóbica ressalta a autora: *“Parece innegable que la ingeniería genética y las biotecnologías en general aportan indudables beneficios y que es injustificable renunciar a posibilidades como la curación de enfermedades por miedo a no ser capaces de evaluar y controlar adecuadamente los medios con los que contamos. Sin embargo, cuáles son los fines que perseguimos, si queremos mejorar la especie humana o no, si estamos dispuestos a aceptar los riesgos de una modificación medioambiental masiva, si podemos asumir la responsabilidad de algunas de nuestras decisiones ante las generaciones venideras, son elementos que habremos de decidir juntos.”*(GRANDE, 2002, p.163).

genética e da biomedicina – tais como a incerteza dos resultados, as consequências imprevisíveis e muitas vezes, irreversíveis, assim como as dificuldades de responsabilização pelos danos causados – a utilização do princípio da dignidade como forma de proteção da espécie/do genoma acabou por disseminar o recurso “à dignidade” como forma genérica de condenação e proibição da biotecnologia. Como advertem Caulfield e Brownsword (2006), o conceito de dignidade humana é cada vez mais utilizado como argumento não negociável, uma razão definitiva para proibir as aplicações da biotecnologia.

E como bem ressalta Novais (2016, p. 105), normalmente quando se invoca a dignidade para solucionar situações conflituais vividas nas sociedades contemporâneas (em parte geradas pelos avanços das biotecnologias) a aparência é de que seu conteúdo é percebido “como se fosse algo de reconhecimento óbvio, pacífico, consensual, como se fosse algo de naturalmente estabelecido e, por isso mesmo, intuitivamente reconhecível.” O que em realidade não se sustenta. Dos próprios documentos internacionais citados também se pode extrair uma noção de dignidade da pessoa humana, não muito usual como destaca Grande (2002), como promoção e garantia de condições dignas de existência, a qual implicaria alinhar a biotecnologia à correção de defeitos, malformações e doenças. Nesse sentido, o respeito à dignidade, “*lejos de ser una cortapisa para la intervención genética, podría ser una defensa de su utilización responsable.*” (GRANDE, 2002, p. 159). Assim, apesar de para alguns, ser flagrantemente violadora da dignidade humana à seleção genética embrionária (HABERMAS, 2004; BALLESTEROS, 2001), como considerar ofensiva à dignidade da pessoa humana a seleção genética embrionária para evitar a transmissão de doença genética grave que afetará sobremaneira a qualidade de vida da futura criança e da sua família?

A aparência de obviedade na invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, além de impedir avaliação de fins, de meios e do contexto social das aplicações biotecnológicas (NOVAIS, 2016; GRANDE, 2002) e uma consideração de custo e benefícios (NEUMANN, 2009), ainda pode representar uma séria ameaça ao debate público e legislativo necessário ao tratamento de questões tão inquietantes: o fim da conversa – quando está em jogo “exigências naturais e incontestáveis” da dignidade da pessoa humana (ainda quando ausente esforço argumentativo para demonstrá-lo ou mesmo na presença de outras concepções alternativas), tem-se aí um argumento definitivo, “cujo impacto letal arruma uma controvérsia de uma vez por todas, não se admitindo possível contra-argumentação racional” (NOVAIS, 2016, p. 21).

Como já advertia Rodotà (2010), a rapidez com que as inovações biotecnológicas se processam e avançam, embora refratária ao processo lento e difícil de formação de consensos

nas sociedades pluralistas contemporâneas, mormente em torno de temas tão desconcertantes como lançados pela biotecnociência, também acaba gerando pressões sociais e políticas para que os sistemas jurídicos proponham soluções à altura com a mesma capacidade de processamento, e a resposta mais rápida, não necessariamente a mais refletida ou democrática, é buscar “verdades” em normas jurídicas já existentes, correndo-se, assim, o risco de se fazer um uso autoritário do direito. Uma invocação apressada, generalizada, partidarizada e “forte” do princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de impedir, proibir e limitar as pessoas de usufruírem de certos benefícios dos desenvolvimentos biotecnológicos, em nosso entender, consiste em um bom exemplo desse tipo de uso a que se referia Rodotà.

Todo esse levantamento crítico contribui para se repensar o recurso e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como gerador de “deveres e limites” à atuação científica, à inovação tecnológica, aos direitos fundamentais e, por fim, à liberdade reprodutiva. Reconhecendo o grande potencial que o recurso normativo ao princípio tem para exercer essa função de “freio”, ele deve consistir, entretanto, numa oportunidade para o debate acerca dos valores e das concepções culturais que se pretende preservar ou subverter, devendo ser visto mais como um argumento facilitador do que um simples *slogan* ou uma afirmação genérica acerca de riscos e prejuízos que põe um ponto final na questão, função de “door closer” assinalada por Caulfied e Chapman (2005, p.447). Justamente nesse tipo de função do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser levada em consideração sua dimensão histórico-cultural (SARLET, 2007), e a busca por expressões de seu conceito deve se aproximar do contexto comunitário em que é desenvolvido (CAULFIED e CHAPMAN, 2005).

Com base nessas considerações críticas, algumas propostas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como dever reprodutivo se afiguram muito questionáveis. A primeira delas pretende ampliar o estatuto de dignidade da pessoa humana¹⁹⁵ que, como já referido, aplica-se primordialmente à pessoa concreta, existente e atual, ao embrião *in vitro*, eliminando qualquer possibilidade de exercício da liberdade reprodutiva no campo da seleção genética embrionária (BALLESTEROS, 2001). O zigoto e o embrião são pessoas concretas desde a concepção, e por isso qualquer forma de seleção genética embrionária seria

¹⁹⁵ Em que pese as dificuldades em torno da elaboração do conceito de dignidade da pessoa humana no contexto jurídico, tal estatuto é referido aqui, apenas a título de delimitação da expressão utilizada, na forma proposta por Novais (2016) a dignidade enquanto integridade da pessoa (respeito à sua humanidade instínseca, à sua condição de sujeito, garantia de condições materiais mínimas para o desenvolvimento de sua autonomia) e dignidade enquanto igual consideração dos interesses de cada um.

discriminatória, atentando contra o estatuto de igual dignidade entre os seres humanos (BALLESTEROS, 2001).

Não apenas é reconhecida a secular, global e interminável discussão sobre o estatuto moral e jurídico do embrião/feto (NOVAIS, 2016), como também são conhecidos os intensos debates que evitaram a menção expressa da dignidade da pessoa humana ou mesmo do direito à vida à proteção dos seres concebidos em documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em nosso caso, a análise da gênese constituinte do parágrafo sétimo demonstrou que não apenas havia dois princípios distintos e independentes nos anteprojetos iniciais, como a dignidade da pessoa humana e o respeito ao direito à vida, como a proteção desta desde a concepção fora veementemente rechaçada pelo constituinte.

Ainda se admitido o estatuto pessoal do embrião e do feto, restaria por questionar se a equiparação desse estatuto com o estatuto jurídico da pessoa nascida existente e atual seria conveniente, já que haveria dificuldades em se explicar o tratamento dado pelo legislador brasileiro ao embrião *in vitro* no caso da Lei de Biossegurança (podem ser doados e utilizados nas pesquisas com células tronco embrionárias), pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que admite como expressão da liberdade reprodutiva a decisão sobre o número de embriões a serem implantados (ADI 3510), ou mesmo o tratamento conferido às isenções de pena ao aborto pelo legislador penal. Nesse sentido, propugnar uma ampliação do estatuto de dignidade da pessoa ao embrião *in vitro* como dever reprodutivo para justificar a proibição da seleção genética embrionária, em nosso entender, configura não apenas como uma tentativa de perfilhar visões particulares de determinados segmentos sociais como “verdades” decorrentes das normas constitucionais, como também se revela incompatível com o tratamento jurídico dado ao embrião *in vitro* em nosso país.

Por outro lado, o afastamento do estatuto pessoal do embrião *in vitro* não significa que não haja dever jurídico algum de proteger à vida humana desde seus primórdios. Como vimos, Habermas defendendo a “dignidade da vida humana” chegou à mesma conclusão de Ballesteros. Entretanto, cremos que a dignidade referida à vida humana encerra um tratamento autônomo em relação à dignidade da pessoa humana, já que vida e dignidade são bens jurídicos diversos e autônomos (SARLET, 2014; NOVAIS, 2016). Assim, seria possível falar em dever de proteção do direito à vida e o que dele se poderia exigir em relação à liberdade reprodutiva, o que se fará no tópico seguinte.

No mesmo sentido, outra terminologia aparece ao lado da dignidade da pessoa humana, a “dignidade da espécie”. Particularmente, esse uso fora impulsionado pelo texto do

Convênio Europeu de Biomedicina e suas interpretações oficiais¹⁹⁶ o qual associa a dignidade, não mais com a pessoa ou com a vida humana, mas com a identidade da espécie humana. Sem definição de termos, a normativa enseja sérias dificuldades de compreensão e aplicação, como adverte Grande:

Es difícil comprender qué ha de ser la dignidad de la especie, cuando no hemos sido capaces de definir la dignidad del individuo. Pero, obviamente, mencionar la «identidad de la especie humana», aparte de ser absurdo —pues no se ve como podría tener identidad una especie, o qué se quiere decir con ello, y si se refiere a una identidad genética volvemos a la idea de un patrimonio genético «sagrado» que, a la vista de los datos de la biología, es también incorrecto—, supone incurrir en el grave error de la imprecisión, la falta de fundamentos y la introducción de afirmaciones un tanto dogmáticas que se pretenden verdaderas sin ni siquiera haber hecho el esfuerzo por argumentarlas y justificarlas. (GRANDE, 2002, p.161)

A referência à “dignidade da espécie” pode funcionar como argumento genérico, muitas vezes não justificado, mas apoiado em premissas tecnofóbicas e ideias biologizantes da dignidade humana, para a fundamentação de um direito ao patrimônio genético não manipulado (BARBAS, 2006) que condena *a priori* não apenas a seleção genética embrionária, mas as intervenções genéticas como um todo antes do nascimento. Embora a “dignidade da espécie” seja indicada (não sem duras críticas) como fundamento indireto do direito ao patrimônio genético, não nos parece razoável, tanto pelas dificuldades de definição (GRANDE, 2002), como pela preferência do constituinte nacional pelo termo dignidade da pessoa humana, que ela possa consistir numa referência a um dever reprodutivo, um limite jurídico interno imposto ao planejamento familiar. Se a diversidade e a identidade genética têm fundamentos autônomos na Constituição Federal (BARACHO, 2000; MACHADO, 2008), então, à semelhança do direito à vida, só poderiam consistir em possíveis restrições externas à liberdade reprodutiva, a serem analisados também em tópico seguinte.

A terminologia “dignidade da humanidade” é a que mais tem sido aceita e utilizada pelas jurisprudências nacionais, conforme estudo de Hennette-Vaucher (2011), para expressar a dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor objetivo correspondente ao respeito que cada indivíduo merece pelo simples fato de ser pessoa. Tal dimensão objetiva, ou intersubjetiva (SARLET, 2007) estabelece um dever geral de respeito pela humanidade intrínseca de cada pessoa que pode se opor a determinados exercícios de direitos fundamentais. Haveria violação da humanidade intrínseca quando alguém “é desrespeitado na sua humanidade, ou seja, é tratado em termos que, de acordo com o sentido de justiça próprio do nosso tempo, evidenciam um não reconhecimento ou um desrespeito que

¹⁹⁶ Como vimos na nota de rodapé 162.

denigrem a sua qualidade especificamente humana ou o seu valor de pessoa” (NOVAIS, 2016, p.104).

Como adverte Novais (2016, p.89), diante das escassas possibilidades de fixar violações consensuais ao princípio nesses casos, “dada a pronunciada controvérsia que os temas suscitam”, sua aplicação deve ser reservada aos casos graves de desrespeito extremo da condição humana das pessoas. O autor sublinha ainda que notadamente na hipótese de seres não nascidos, o principal (e às vezes único) critério de violação da dignidade a ser aplicado deveria ser o da violação da humanidade instrínseca.

Essa percepção de Novais é particularmente apropriada para o tema da dignidade da pessoa enquanto limite à liberdade reprodutiva, já que outro critério de violação da dignidade, o da instrumentalização do futuro filho, é muito invocado contra a seleção genética em especial a que não se presta a evitar a transmissão de doenças à future prole. O critério da instrumentalização se torna um argumento precário desde o início quando se analisa a tomada de decisão pela procriação, mesmo a natural: os motivos que levam as pessoas a terem filhos são diversos, dos mais moralmente condenáveis (ter um herdeiro, uma “mão a mais para ajudar”) até os mais louváveis (como a união do casal ou a felicidade plena) e, quase todos podem ser vistos como “instrumentalizadores” (MILLS, 2011)¹⁹⁷. Embora aparentemente o argumento da instrumentalização se apresente como “fatal” à seleção embrionária por motivos perfeccionistas, sociais ou preferenciais (ANDORNO, 2009) –, aquela determinada por preferências pelo sexo da futura criança, ou pela escolha de características físicas, comportamentais ou intelectuais associadas à identidade genética do embrião (estas últimas quando possíveis pela tecnologia) – ele pode titubear face à alegação de que futuros pais,

¹⁹⁷ O problema com o critério da instrumentalização é que ele é amplamente aplicado sem se ter em conta que o imperativo kantiano ao qual ele remonta menciona a vedação de tratamento da pessoa como “mero” meio. Apesar de reconhecida a dificuldade em se estabelecer o que significa tratar alguém como simples meio, deve-se aceitar que, como enfatiza Novais (2012, p.115), “na realidade cotidiana, as necessidades de convivência social, da integração comunitária e da compatibilização de valores e interesses em tensão sempre hão de determinar que, em algumas circunstâncias, todavia plenamente justificada, o indivíduo seja instrumentalizado ou tenha de sofrer imposições em cuja legitimidade ou fim não se reconhece, mas ordenadas pelo interesse geral ou pela natureza das coisas”. Ninguém, por exemplo, sustenta que há violação da dignidade da pessoa humana, quando se aceita o serviço militar obrigatório em tempo de guerra, a contratação de um serviço de limpezas de fossas higiênicas, na realização de projeto parental da filiação como último recurso para salvar o casamento ou mesmo na decisão pessoal pelo casamento com o objetivo de ser feliz, situações nas quais certo tipo de instrumentalização está presente. Nesse sentido, a aplicação da “fórmula objeto” não pode ser mecanizada e aplicada a todas as situações de instrumentalização na vida cotidiana das pessoas, reservando-se, assim, às situações de instrumentalização degradantes, nas quais estão “decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou, em geral, a degradação a pessoas.” (NOVAIS, 2016, p117). De todo modo, para avaliar se determinada instrumentalização se configura como degradante não pode ser dispensada a avaliação das razões e finalidades do ato, assim como seu contexto social, tornando inaceitável o recurso ao elemento da vedação da instrumentalização como “bandeira para daí pretender identificar uma violação da dignidade da pessoa humana, pura e simplesmente, em todo tipo de acto de que se discorde por razões religiosas, filosóficas ou ideológicas.” (NOVAIS, 2016, p117).

preocupados com o contexto social discriminatório em relação ao gênero, ou levados pela consciência de que determinados comportamentos (talvez até por experiência própria) não são bem vistos pela sociedade desejam poupar os filhos de sofrimentos ou incômodos em sua vida futura, ou mesmo quando intencionando promover-lhes e assegurar-lhes as melhores oportunidades de vida, potencia-lhes, antes mesmo do nascimento, a inteligência e a memória, não estariam dessa forma instrumentalizando seus futuros filhos.

A baixa resistência do argumento genérico da instrumentalização dos futuros filhos para sustentar a proibição do uso do DGPI mesmo nesses tipos de seleção, onde é mais utilizado, se deve a dois fatores. Primeiro, a aplicação desse critério não está isenta a uma avaliação dos fins, se bem entendido, por ele se exige que pessoas não sejam utilizadas como “meros” meios e nesse sentido, nem toda instrumentalização *a priori* poderia ser considerada como violação da dignidade da pessoa humana (NEUMANN, 2009; NOVAIS, 2016). E segundo, sob uma perspectiva individual, os pais sempre poderão alegar “boas” ou pelo menos justificadas razões, inclusive apresentadas em nome dos interesses dos futuros filhos, para o uso de qualquer modalidade de seleção genética embrionária¹⁹⁸.

O que de fato a seleção genética parece afetar são valores sociais modernos assentados sobre o nascimento de crianças e os imperativos que eles suscitam na relação entre futuros pais e futuras crianças. Em Arendt (2009, p. 201) encontramos a ideia de em cada nascimento surge alguém único, distinto dos que já vieram e dos que se foram, como todo o começo e toda origem, o nascimento resulta em si em “*algo nuevo que no puede esperarse de cualquier cosa que haya ocurrido antes.*” A unicidade de cada ser humano está associada, assim, ao fator do “inesperado” que o nascimento carrega, ou seja, da impossibilidade de se predicar (com atributos, qualidades, talentos, defeitos) quem se espera. Para Mills (2011), essa percepção de Arendt expressa uma diferença marcante entre singularidade e particularidade: o singular se refere a “quem” se espera, e o particular a “o que” as pessoas são. Nesse sentido, a seleção genética embrionária, por possibilitar a predicabilidade e a particularização das futuras crianças, acaba atingindo e desafiando uma ética que, forjada no inesperado e na aceitação incondicional de quem vem (MILLS, 2011), compreende a futura criança como um presente (SANDEL, 2013; CAMPBELL, 2002).

Segundo Mills, a predeterminação das qualidades da futura criança corroi nosso reconhecimento imediato de quem ela será: uma pessoa única. As crianças seriam geradas pelos desejos de particularidades dos pais em detrimento do reconhecimento de sua

¹⁹⁸ Relata Andrews (2006), por exemplo, o caso de uma mulher negra nos Estados Unidos que recorreu à doação de óvulos de uma doadora branca com o objetivo de evitar que a futura criança sofresse discriminação racial.

singularidade. Nesse aspecto, e supondo-se a prática generalizada da seleção genética inclusive nas modalidades designadas por Ciri3n como “n3o terap3uticas”, a 3nfase na determina33o de caracter3sticas particulares que seriam corporificadas na futura crian3a ter3 deslocado a 3tica da aceita33o e do respeito por “quem” vir3, para a 3tica do desejo pelo “o qu3” vir3; abrindo o caminho, assim, para o desenvolvimento de uma vis3o mercadol3gica da gera3o de futuras crian3as. Desejadas em raz3o de seus atributos e gerados no ambiente laboratorial da ind3stria biotecnol3gica, futuras crian3as deixariam de ser vistas como “presentes”, “pessoas 3nicas e singulares”, para serem tratadas como produtos, engendrados pela demanda dos pais e a oferta cada vez mais ampla dos servi3os biotecnol3gicos em sede de reprodu33o assistida. Como bem frisa Campbell (2002, p.35, tradu33o livre), a tentativa de “fabricar nossas futuras crian3as de acordo com habilidades, apar3ncia, g3nero ou semelhan3as em rela33o a outras pessoas 3 uma nega33o de seu valor 3nico como pessoas”¹⁹⁹.

Se futuras crian3as forem tratadas em nossa sociedade como produtos e n3o consideradas como pessoas 3nicas e singulares que ser3o, poder3mos estar diante de uma viola33o da humanidade intr3nseca dessa categoria de futuras pessoas. Enquanto a 3tica do reconhecimento pela singularidade e unicidade das futuras crian3as, fundada na conting3ncia do nascimento e nos imperativos de aceita33o da pessoa que nascer3, puder manter sua ades3o social e influenciar os debates pol3ticos e legislativos sobre as inova33es tecnol3gicas na seara da reprodu33o humana, ela poder3 representar um valor social a ser protegido pelo princ3pio da dignidade da pessoa humana. Insistimos na conjuga33o “poder3” porque de acordo com a postura cr3tica adotada, o princ3pio da dignidade da pessoa humana, especialmente nas controv3rsias suscitadas pela biotecnoci3ncia, ao contr3rio de funcionar como uma *sttoper-discussion*, deve se manter como “uma porta aberta”, uma oportunidade para refletir e discutir sobre valores sociais importantes a serem preservados ou sobre a import3ncia de modific3-los.

Considerar as exig3ncias de prote33o da humanidade intr3nseca das futuras crian3as como eventual dever reprodutivo emanado do princ3pio dignidade da pessoa humana n3o tra3a, assim, uma linha divis3ria absoluta e definitiva sobre o que deve ser permitido ou proibido no campo das tecnologias reprodutivas (CAMPBELL, 2002). Se a sele33o gen3tica embrion3ria para fins perfeccionistas, sociais ou preferenciais parece mais visivelmente atentar contra o princ3pio no sentido de promover uma comodifica33o de futuras crian3as de acordo com desejos e expectativas dos pais, a sele33o cujo objetivo 3 evitar a transmiss3o de

¹⁹⁹ Conferir no original: “[...] engineer our future children, according to abilities, appearance, gender or similarities to other people, are a denial of their unique value as people.” (CAMPBELL, 2002, p.35)

doenças graves à futura descendência, ao contrário, sinaliza a consideração pelo bem estar e pela redução do sofrimento na vida dessas futuras crianças. E não apenas dessas, mas também dos pais e dos demais membros da família que cuidarão e conviverão com essas crianças. Nesse contexto, não se pode negar que, a despeito de seu inabitual sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana também exige a promoção de condições dignas de existência, o que implica em aceitar os benefícios que a biotecnologia e a biomedicina produzem no combate às enfermidades (GRANDE 2002).

Além disso, importa salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do planejamento familiar também está dirigido ao respeito, à proteção e à promoção da dignidade de pessoas concretas, atuais e existentes: dos futuros pais e dessa forma, exerce seu papel clássico de reforço e fundamento de direitos fundamentais (NOVAIS, 2016), tal como a liberdade reprodutiva. Essa concepção é inclusive ratificada pelo equilíbrio gerado pelo parágrafo sétimo do artigo 226 entre os deveres reprodutivos e proibição de medidas estatais coercitivas: justamente por considerar a dignidade da pessoa humana (pessoas concretas, existentes), proíbe-se o Estado de adotar medidas coercitivas que retirem a autodeterminação dessas pessoas e sua capacidade de ser sujeito de seu próprio futuro reprodutivo. Nessa perspectiva, como proibição de subjugação e exclusão²⁰⁰, o princípio fundamenta a liberdade reprodutiva, reconhecendo a capacidade de cada pessoa para projetar seu futuro, de definir sua identidade paterna/materna e de tomar decisões fundamentais sobre a condução da sua vida segundo valores e crenças livremente eleitos, incluídas aí as decisões que terão repercussão no cuidado, na convivência e na dedicação aos filhos que pretendem ter.

Em razão disso, seria possível apontar, não um único vetor de aplicação, mas pelo menos duas funções normativas na previsão do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 226, §7º: a primeira, a mais comum – e que parece representar as reivindicações pela observância de critérios éticos na tomada de decisões reprodutivas –, a função de limite interno da liberdade reprodutiva e, a outra, menos habitual, mas igualmente importante, a função de fundamento da liberdade reprodutiva dos futuros pais e reforço contra as intervenções coercitivas (ou mesmo impeditivas) do Estado e de terceiros.

²⁰⁰ Dignidade enquanto respeito pela condição de pessoa do sujeito, dimensão na qual se insere a consideração e o respeito da pessoa como agente responsável para fazer suas próprias escolhas, como autor de sua identidade, definidor de seus projetos de vida, com capacidade de “estabelecer relações sociais, familiares e relações íntimas, de experimentar, sentir, envolver, conscienciar e canalizar emoções e sentimentos, mas também a capacidade de empatia e de reciprocidade, de avaliação das consequências que os actos próprios têm sobre os outros e a capacidade de autocontrole, com a consequente responsabilização moral.” (NOVAIS, 2016, p.108). Nessa perspectiva, a dignidade protege o “papel arquetípico” que o sujeito exerce na programação de sua própria vida. (NOVAIS, 2016).

Em sua primeira função, entretanto, diante da sua força coercitiva enquanto valor objetivo a ser protegido pelo Estado mesmo contra as liberdades fundamentais, sua aplicação deve ser comedida, tendencialmente consensual, justificada racionalmente e, sobretudo, sujeita ao debate político, legislativo e constantemente submetida ao escrutínio popular²⁰¹. Assim, apesar de considerar que a exigência de proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças consiste em fundamento razoável e tendencialmente consensual²⁰² para a vedação da seleção genética embrionária para fins outros que não a prevenção de doenças genéticas graves e incuráveis à futura prole, o argumento deverá mostrar sua força no debate político e legislativo da matéria ainda por vir, mas necessário em nosso país.

A análise do princípio da paternidade responsável como limite à liberdade reprodutiva não é menos problemática. Sabe-se que tal princípio funciona como matriz normativa para o estabelecimento de deveres dos pais em relação aos seus filhos²⁰³, sendo compreendido genericamente como a “obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.” (CARDIN, 2015, p. 6). Pode ser visto ainda como diretriz hermenêutica para a interpretação e o exercício do instituto do poder familiar, atualmente concebido menos como poderes ou competências dos pais a serem exercidos livremente e mais como deveres ou *mínus* a serem exercidos no interesse dos filhos (LÔBO, 2013).

O princípio da paternidade/maternidade responsável contribui também para o desenvolvimento no âmbito jurídico de outra espécie de responsabilidade civil que não a tradicional responsabilidade retrospectiva – apurada posteriormente ao evento danoso e assentada na compensação pelos prejuízos sofridos – mas uma responsabilidade prospectiva, proativa, e mais típica das relações familiares, em que determinadas obrigações de fazer são estabelecidas com o objetivo de assegurar condições dignas de existência e desenvolvimento dos membros atuais da família e dos membros das futuras gerações, como acentua Lôbo (2013, p. 5): “A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o

²⁰¹ Exemplo interessante de contínua interação entre os órgãos reguladores e a população encontra-se na legislação do Reino Unido (cuja análise será retomada no último capítulo), pela qual a entidade nacional de Fertilização e Embriologia Humana responsável pela constante atualização das enfermidades passíveis de utilização do DGPI, realiza consultas públicas periódicas para verificar a aceitação ou reprovação da sociedade sobre determinados procedimentos (IDIAKEZ, 2012).

²⁰² Nesse sentido, corroboram as restrições impostas pelos documentos internacionais já citados sobre as intervenções no genoma humano, assim como a legislação dos países, como França, Espanha e Reino Unido que, ao regulamentarem o uso do DGPI, impuseram vedações e sérias limitações à seleção genética com finalidade não terapêutica.

²⁰³ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.”

Nesse sentido, fica claro que o princípio da paternidade responsável incide não apenas na relação entre pais e filhos, como também nas obrigações dos futuros pais em relação aos seus futuros filhos, repercutindo diretamente sobre a liberdade reprodutiva daqueles. Ao nível de planejamento familiar, a paternidade responsável surgiu como bandeira da “paternidade consciente” (MOREIRA, 1980), incorporando a ideia (até certo ponto também controlista) de que a família pequena é a melhor para o bem-estar social de todos os seus integrantes assim como para o bem estar da sociedade como um todo (MOREIRA, 1980)²⁰⁴. Dessa forma, o princípio passa a incidir como elemento de consideração e de avaliação por parte dos futuros pais das condições materiais, psicológicas, morais e afetivas que eles poderão oferecer à sua futura prole (CARDIN, 2015).

Vale ressaltar que situações nas quais a paternidade, sob o ponto de vista moral ou social, possa ser reconhecida como “irresponsável” - gravidez na adolescência, durante cumprimento de pena privativa de liberdade, em extrema condição de pobreza ou miséria, uso de drogas ou alcoolismo durante a gestação – não justificam, em face de expressa vedação constitucional, a implementação de medidas coercitivas por parte do Estado ou de terceiros, no sentido de evitar ou de interromper a gestação, sem o consentimento das pessoas envolvidas²⁰⁵. O princípio da paternidade responsável não pode ser invocado em nível de planejamento familiar para, funcionando como dever reprodutivo, forçar as pessoas a não procriarem ou a procriarem contra sua vontade.

Em muitas dessas circunstâncias, os fatores socio-econômicos, a própria dependência química, a ausência de educação, de perspectiva, de oportunidades de vida e de trabalho acabam comprometendo seriamente a liberdade e a responsabilidade dessas pessoas em relação aos deveres e encargos da paternidade e da maternidade, devendo o Estado, ao invés de lhes impor medidas coercitivas²⁰⁶, promover condições materiais, econômicas e sociais

²⁰⁴ Até certo ponto a previsão da paternidade responsável também correspondeu aos interesses e pressões dos controlistas presentes na constituinte que passaram a ver na defesa do planejamento familiar um instrumento politicamente correto (ou politicamente “atraente”) e eficaz na diminuição do crescimento populacional (MOREIRA, 1980).

²⁰⁵ Contracepção, esterilização ou mesmo aborto compulsórios aniquilariam não apenas a liberdade reprodutiva, mas a integridade física e psíquica das pessoas, contrariando também o dever estatal de respeito à sua dignidade. Por tais aspectos, discordamos das propostas de Cardin (2015, p.16 e ss.) que em nome da paternidade responsável aponta diversas soluções a serem adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a castração química dos condenados por estupro e pedofilia, esterilização compulsória dos doentes mentais, e utilização obrigatória de métodos contraceptivos durante cumprimento de pena em regime fechado.

²⁰⁶ Como ressalta Casabona (1999), no assunto da paternidade responsável, o Estado deve assumir um papel mais promocional, utilizando-se dos meios de educação, informação, conscientização e propagandas disponíveis,

para que futuros pais e mães exerçam a liberdade reprodutiva com responsabilidade (OVERALL, 2012). Por esse aspecto, na esteira de Overall (2012, p.156), podemos afirmar que a responsabilidade pelo bem-estar da futura descendência se inicia muito antes da concepção – começa com educação, cuidado com a saúde e com o êxito social dos futuros pais –, não constituindo, assim, um dever apenas dos pais, mas também do Estado e da sociedade.

Assim, enquanto parâmetro ético-jurídico incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do planejamento familiar, o princípio da paternidade responsável também requer medidas promocionais por parte dos poderes públicos (como a informação e a educação sexual, oportunidades de educação e trabalho para jovens e adolescentes, acesso aos métodos contraceptivos etc). Já em relação à sua função de limite à liberdade reprodutiva no campo do planejamento familiar, tendo em vista a dificuldade de se impor sanções jurídicas específicas pelo não exercício ou não observância da paternidade responsável nas decisões reprodutivas, o princípio deve ser visto mais pela sua força de dever ético e moral do que pela sua impositividade jurídica, atendendo mais apropriadamente a intenção do constituinte originário em estabelecer parâmetros éticos para a tomada das decisões procriativas.

A formulação de deveres jurídicos a partir da paternidade responsável, notadamente na fase das decisões reprodutivas pode se revelar bem problemática. Isso porque a interpretação da responsabilidade parental, a depender do padrão ético de responsabilidade adotado, assume sentidos completamente antagônicos e, em alguns casos, produzem efeitos inadmissíveis pela própria sistemática constitucional.

Particularmente em relação à aplicação do princípio ao tema da seleção genética embrionária, encontram-se na literatura posições não apenas bem divergentes entre si, mas que entram em conflito com determinadas exigências de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana discutidas acima. Assim, se por um lado, estas podem consistir em freio à seleção genética embrionária pelo dever de respeito às futuras crianças, a responsabilidade exigida dos pais, em determinada acepção –, dirigida a assegurar as melhores possibilidades de vida possível aos seus futuros filhos – pode representar um encargo ou fardo dos futuros pais no sentido de lhes impor a realização obrigatória dos testes genéticos pré-natais e pré-implantatários.

Para efeitos de exposição e análise crítica, podemos sintetizar os diversos “critérios” de responsabilidade apontados na literatura em três modelos: 1) a responsabilidade pela garantia

evitando, assim, a adoção de medidas coercitivas diretas que afetem a interidade física, psíquica e moral das pessoas.

da “melhor vida possível” aos futuros filhos; 2) a responsabilidade pela qualidade de vida dos futuros filhos e 3) a responsabilidade pelo cuidado e pela aceitação incondicional dos futuros filhos.

O primeiro modelo de paternidade responsável fundamenta o princípio da autonomia beneficente proposto por Savulescu (2001) – futuros pais têm o dever de realizar a seleção genética embrionária em favor das características que garantam a “melhor vida” possível aos futuros filhos – cujas consequências, já analisadas no capítulo primeiro, são amplamente questionáveis²⁰⁷. Não apenas seria demasiado exigir de pais atuais e futuros que assegurassem “a melhor vida possível” a seus presentes e prospectivos filhos, como também resultaria “descabido” imaginar que a grande maioria dos casais devesse abandonar a reprodução natural (repleta ainda de significados e representações sociais e afetivas para os parceiros) para recorrer à reprodução assistida e à seleção genética embrionária, em obediência à obrigação moral de garantir a “melhor vida” possível aos futuros filhos.

Além de sua questionável sustentação como teoria moral, a grande dificuldade em se aceitar o modelo de paternidade responsável de Savulescu são os efeitos que ela poderia provocar se tal exigência moral fosse “transplantada” para o mundo jurídico. Se paternidade responsável significar o dever de realizar a seleção genética embrionária, rotinas médicas de pré-concepção, como a exigência da realização do DGPI, poderiam ser reivindicadas social e juridicamente, abrindo as portas ao retorno da “antiga” eugenia, aquela praticada pelo próprio Estado. Dessa forma, a responsabilidade parental como dever de selecionar os embriões pré-implantados contrariaria frontalmente a concepção de dignidade da pessoa humana baseada no respeito e na proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças, as quais deixariam de ser reconhecidas e consideradas por sua singularidade e unicidade, para serem vistas como produto particularizado das expectativas e juízos avaliativos dos futuros pais. Não haveria mais espaço, assim, para a convivência normativa em um mesmo dispositivo constitucional, entre dignidade da pessoa humana e o princípio da paternidade responsável, cujo impositividade jurídica teria como resultado a exigência da seleção genética “ampla”²⁰⁸ como dever dos futuros pais.

O segundo modelo de responsabilidade é menos exigente que o proposto por Savulescu e substitui a obrigação moral de garantir a “melhor vida” possível, pela obrigação dos futuros

²⁰⁷ Posição discutida anteriormente no tópico 1.3 do capítulo primeiro.

²⁰⁸ Seleção de todos os caracteres, cujo diagnóstico ou prognose for disponível tecnicamente, que venham a assegurar a “melhor vida possível à futura criança”, incluída aí a seleção em favor de determinadas características desejáveis socialmente (crianças saudáveis, inteligentes, com maiores chances de êxito e aceitação social) e a seleção contra atributos indesejáveis (crianças portadoras de alguma anomalia, incapacidade ou enfermidade que possam reduzir suas chances de ter a melhor vida possível). (SAVULESCU, 2009).

pais em assegurar a “qualidade de vida” de seus futuros filhos (HAKER, 2006). O critério da qualidade de vida pode ser entendido como um princípio moral que valoriza e justifica ações e intervenções da biotecnociência que impliquem “em redução do sofrimento humano evitável e em maior/melhor bem-estar para os sujeitos objeto da intervenção, desde que estejam de acordo e que o fato não acarrete danos a terceiros.” (SCHRAM, 2009, p. 377). Com base nesse critério, futuros pais deveriam ter liberdade para decidir utilizar a seleção genética embrionária se eles a considerassem eficaz para evitar um sofrimento futuro (nascimento de uma criança com doença grave), garantindo-se, assim, bem-estar à futura criança e à família.

O princípio da qualidade de vida tende a assegurar a liberdade e autonomia dos indivíduos, inclusive justificando decisões sobre a “vida pessoal, seu decurso e fim” (SCHRAM, p. 381) mesmo quando em conflito com outros princípios morais, como o da sacralidade da vida (dever absoluto de respeito e proteção da vida humana enquanto existência física). Como ressalta Haker, tal princípio esteve na base da justificativa de utilização do DGPI e dos testes genéticos pré-natais, tendo também contribuído na legitimação do discurso em defesa da liberdade reprodutiva para realização da seleção genética, sobretudo naquela voltada à busca pelo filho saudável.

O problema é que, como ocorreu nos Estados Unidos – onde inclusive as aplicações não médicas do DGPI não sofrem restrições – como relata Andrews (2006), quanto mais disponíveis estão os testes, mais cresce a expectativa social para utilizá-los e, com o tempo, também se desenvolve uma pressão social no sentido de realizar os testes, aumentando a carga de responsabilidade sobre os pais que optam por não realizá-los. Sobre os testes genéticos pré-natais disponíveis, a autora ressalta que cada vez mais mulheres são consideradas “irresponsáveis” pela sociedade e por familiares próximos²⁰⁹ por não realizarem os testes e um número cada vez maior se sente culpada quando os filhos nascem com alguma deficiência. Registra ainda Andrews que a disseminação dos testes pré-natais no país tem mudado a forma como as mulheres grávidas se relacionam com seus fetos, evitando a interação com os mesmos e a comunicação com a família até o resultado dos testes.

Para Haker (2006), a pressão social em torno dos testes pré-natais e, posteriormente, da seleção genética embrionária nos casos de possível transmissão de doenças, incapacidade ou deficiências, ocasionou o surgimento de um novo tipo responsabilidade parental: a

²⁰⁹ Andrews (2006) cita o ocorrido com uma mulher norte-americana, chamada Bree Walker, portadora de uma condição genética nos ossos que, a despeito da ciência de sua condição e do risco de transmissão da doença ao futuro filho, decidiu tentar a reprodução biológica sem auxílio da seleção genética. Como relata a autora, o seu caso foi noticiado por emissora de rádio local, tendo a mesma recebido tanto por parte do público como por parte dos comentaristas, severas críticas e acusações sobre a irresponsabilidade e imoralidade de sua decisão.

responsabilidade preventiva, um modelo segundo o qual os pais em nome da qualidade de vida de seus futuros filhos, têm o dever de evitar gestações ou concepções com risco de doença, para o que tanto a realização de testes genéticos pré-natais como o DGPI (e também o PGS) passa a constituir exigência desse modelo de responsabilidade. De fundamento da liberdade reprodutiva para decidir realizar ou não a seleção genética, de acordo com crenças, valores e avaliações sobre o cuidado e aceitação da futura criança, o critério “qualidade de vida” se objetiva conforme a normalização social do que é saudável e passa a constituir um imperativo a ser observado pelos prospectivos pais.

Não resta dúvida que a ética da qualidade de vida se encontra na base do princípio jurídico da paternidade responsável. Em nível de planejamento familiar os pais têm o dever de avaliar suas condições materiais, psicológicas, afetivas e morais necessárias para assumir os encargos da criação e educação de uma criança com o objetivo principal de garantir a essa o mais amplo bem estar possível, reduzindo seu sofrimento e evitando que ela tenha que se deparar com situações de extrema pobreza, ou de profunda violência e opressão no lar, situações de desafeto, de abandono ou mesmo de sequelas físicas ou mentais decorrentes da má nutrição ou do uso de drogas. Após o nascimento, o princípio da paternidade responsável direciona o exercício do poder familiar ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança – e, conseqüentemente a sua qualidade de vida –, adequando a autoridade parental (não mais apenas poder de livre disposição sobre os filhos) aos direitos de cuidado, de proteção, dos direitos à vida, à saúde, à integridade física, psíquica e moral, à liberdade, à educação e às necessidades de afeto e de convivência familiar da criança (LÔBO, 2013). Nesse sentido, os deveres jurídicos parentais (e também os deveres prestacionais do Estado em relação às crianças e adolescentes) tendem a contribuir para assegurar-lhes uma vida digna, que lhes reduza o sofrimento e lhes aumente o bem-estar físico, psíquico, moral e social.

As dificuldades, porém, em se incorporar, em nome da qualidade de vida, deveres jurídicos dos futuros pais em relação à seleção genética embrionária, são de diversas ordens. De um lado, temos as conseqüências que o dever de selecionar poderia produzir, tal como a introdução das rotinas pré-concepção e pré-natal de testes genéticos com a finalidade de evitar o nascimento de futuras crianças com doenças, deficiências e incapacidades, sob a justificativa de redução do sofrimento e de promoção do bem estar destas. Pelo risco de implementação de medidas coercitivas no sentido da obrigatoriedade dos testes, da tendência à eugenia promovida pelo poder público, do seu viés utilitarista (promoção do bem estar da sociedade como um todo) e da presunção implícita de transformação de toda reprodução

natural em artificial, tal efeito, à semelhança que compartilharia com o modelo de Savulescu, seria de difícil aceitação.

Por outro lado, o dever de selecionar decorrente da paternidade responsável poderia resultar em outro efeito aparentemente menos impositivo, como a exigência dos testes genéticos, inclusive o DGPI, apenas para pais que têm a ciência de serem portadores de doenças genéticas graves transmissíveis à futura prole, com o fim de evitar sofrimento demasiado à futura criança. Nos casos de condições monogênicas graves e incuráveis não se pode excluir que o dever de paternidade responsável possa ser visto pelos futuros pais, conhecedores de sua condição genética e das consequências severas da doença que imputarão sofrimento insuportável ou demasiado à futura criança, como um dever moral de não conceberem nessas condições (OVERALL, 2012).

Nesses casos, embora moralmente os pais possam se sentir “obrigados” a buscar o recurso do DGPI para prosseguir responsabilmente no intento da reprodução biológica (FRANKLIN, 2004), sob o ponto de vista jurídico, os testes genéticos jamais deveriam ser considerados obrigatórios, ao invés disso, deveriam permanecer à disposição da consciência dos futuros pais, ao crivo de seus juízos morais e religiosos, à serviço de sua liberdade em construir o projeto parental, o qual inclusive, permanece aberto à sua escolha, como a opção pela filiação adotativa e não biológica²¹⁰.

Ademais, fora alguns casos raros, muitas enfermidades ou incapacidades não trazem consigo a evidência do grave sofrimento, nem mesmo a constatação objetiva de redução de bem estar de um modo geral. Nesse contexto, outra grande dificuldade na incorporação da seleção genética como um dever decorrente da paternidade responsável, relaciona-se com a incerteza epistemológica sobre o próprio critério “qualidade de vida” (OVERALL, 2012) que torna inviável (e até mesmo discriminatória²¹¹) a imposição de critérios objetivos sobre os

²¹⁰ Do reconhecimento de que alguns futuros pais se sentem moralmente constrangidos a não reproduzir no caso de transmissão de doenças genéticas graves, não decorre um dever geral de não reproduzir nesses casos, pois sob outro ponto de vista (a depender das crenças e valores de cada pessoa ou casal) - o do cuidado, o da valorização da vida, da responsabilidade e amor assumidos pelo ser gerado ou a ser gerado - não se poderia falar em conduta irresponsável ou de afetação da paternidade responsável. Como enfatizam Wasserman e Asch (2012, p.23), *“Parents who refuse to use PGD to prevent the existence of a child with a serious genetic condition do not thereby act against the best interest of “the child that is produced.” It would be hard to claim that it would not be in the best interest of that child to have been gestated, born, and raised by loving parents, even with a serious genetic condition the child could not have avoided having.”* Em sentido contrário, em defesa do dever moral (não jurídico) de não procriar nos casos de evidente e grave sofrimento a ser imputado na futura descendência conferir Overall (2012).

²¹¹ No mesmo sentido, Wasserman e Asch (2012, p. 23): *“A legal duty to select against disability could not be reconciled with respect for people with disabilities. It is certainly possible for individuals to use PGD while respecting the rights and equality of people with disabilities (Asch 2003). But the authors’ proposal would replace private decisions about testing made for complex personal reasons with a public duty—a duty based on*

juízos, crenças e valores subjetivos dos futuros pais. Muitas pessoas com sérias incapacidades ou deficiências logram alcançar, sob o ponto de vista de florescimento de suas potenciais capacidades²¹², e dependendo do contexto familiar (se acolherdor), da conjuntura social e política (se solidária e promocional), uma vida digna e feliz.

Nesse ponto, o apelo à ética da qualidade de vida atuaria mais em favor da liberdade dos futuros pais em avaliar as condições de sofrimento do futuro filho como o bem estar da família com um todo, justificando e apoiando – no sentido próprio dado ao princípio moral da qualidade de vida (SCHRAM, 2009) – a liberdade reprodutiva para realizar a seleção genética embrionária do que hes impondo o dever de realizá-la²¹³.

O modelo preventivo da responsabilidade responsável pode ter ainda como efeito jurídico a vedação da realização dos testes genéticos para a seleção negativa, ou seja, quando deliberadamente futuros pais pretenderem ter crianças com determinadas incapacidades. À primeira vista, tal hipótese parece contrafactual, já que em realidade a maioria dos pais, salvo aqueles irresponsáveis, negligentes ou ignorantes, está muito preocupada com o bem estar do futuro filho e disposta a fazer tudo o que for preciso para protegê-los (OVERALL, 2012).

Entretanto, um caso clássico reportado na literatura ocorrido nos Estados Unidos ilustra bem as preocupações de alguns autores com a possibilidade de utilização do DGPI para a seleção negativa: um casal de lésbicas, surdas, recorrendo à reprodução assistida e à doação de gametas masculinos, optou por células doadas por um homem também surdo de nascença e com largo histórico na família de surdez (ANDREWS, 2006). Para o casal, a decisão não significou um ato irresponsável, muito menos representou para a imposição de algum prejuízo

an official view of disabilities as harms so serious that they should be prevented by the legal restriction of reproductive choice.”

²¹² A incapacidade física/mental ou qualquer outra condição de saúde que imponha uma vida diferente da normalização criada pela sociedade pode ser vista por alguns como uma desgraça, especialmente pelo fato de serem percebidas como impedimentos ou obstáculos na vida dessas pessoas que dificultam ou torna impossível a prática de determinadas atividades ou escolhas. Contudo, sob o ponto de vista das pessoas com determinadas incapacidades, sua condição em si apenas será considerada uma tragédia em sua vida se o ambiente de seu entorno social o impedir de desenvolver as suas habilidades próprias da sua condição. Em relato pessoal sobre a vida de seu tio, Overall (2012, p.162) ilustra muito bem essa percepção: “*I want to insist that Jack’s life was not a misfortune. It was not even unfortunate relative to the lives of nonimpaired people. Despite Jack’s extensive impairments, I cannot think of his life as a tragedy. My reason for making this claim has to do with our ideas about “major life activities” and “opportunities.” I want to say that Jack did not miss out on opportunities. It makes no sense to speak of missing an opportunity todo x when one is congenitally unable to do x. It makes no sense to speak of not being able to engage in life activities if those life activities are far beyond one’s capacity, one’s desire, or even one’s imagination. I think Jack was a fulfilled individual. His life was not rich in the way that we might want our lives to be rich, but it was rich in terms of using his abilities and talents, such as they were.*”

²¹³ Se o princípio ético da qualidade de vida autorizaria os pais a realizarem a seleção genética embrionária para todas as doenças, condições incapacitantes ou deficiências herdadas geneticamente é outra questão complexa, já que sob o ponto de vista moral e jurídico, os deveres de proteção da vida embrionária “(sacralidade da vida humana)” podem entrar em conflito com tais decisões. A questão será retomada no próximo capítulo.

à criança, já que para as mães a surdez não era vista como incapacitante, nem como uma deficiência, mas como uma forma de vida, como um pertencimento a determinada comunidade, um filho surdo assim chegaria à família para integrá-la e para fazer parte dessa comunidade (SPARROW, 2007).

As dificuldades levantadas acima sobre as incertezas dos juízos relativos ao critério da qualidade de vida novamente se apresentam aqui e em situações semelhantes (no caso do nanismo, por exemplo) como barreiras à aceitabilidade do modelo de paternidade preventivo. Salvo os casos raros, a avaliação da qualidade de vida irá depender do comprometimento da família, dos recursos sociais e políticos disponíveis para integrar e proporcionar o desenvolvimento (“florescimento”) das pessoas com alguma deficiência, e a seleção em prol de determinada condição em si não poderia ser considerada como causa geradora de prejuízo ou reconhecida como irresponsável.

A nosso ver, se a seleção negativa deve ser proibida juridicamente não seria em decorrência da paternidade responsável associado ao dever de assegurar a qualidade de vida das futuras crianças, mas pelo mesmo motivo que a seleção positiva (incremento de memória, inteligência, ausência de doenças curáveis ou incapacidades) deveria também o ser, ou seja, ambas parecem afetar o valor da consideração e respeito pela humanidade intrínseca das futuras crianças, que deveriam ser reconhecidas e aceitas pela sua singularidade e unicidade de futuras pessoas e não como objetos ou produtos configurados e escolhidos pelas expectativas e desejos dos futuros pais.

Nesse sentido, as exigências do terceiro modelo de paternidade responsável – a responsabilidade pelo cuidado e pela aceitação incondicional dos futuros filhos – seriam mais conciliáveis com o dever de respeito e proteção da dignidade das futuras crianças. Para Haker, o futuro filho deve ser visto como “o outro”, como “alguém” que, particularmente pela sua condição, até mesmo após o nascimento, encontra-se em situação assimétrica, de completa dependência. Pais normalmente têm poderes “ilimitados” sobre a vida de seus filhos e, no cenário promovido pela biotecnociência, futuros pais terão a seu dispor cada vez mais poderes em relação à futura prole (HAKER, 2006). A existência de tais poderes deve significar, ao contrário de um agente agindo soberanamente sobre o outro, a responsabilidade para com a existência, bem estar e o cuidado do outro, assumindo a premissa de Jonas (2006, p. 168) segundo a qual: “por circunstância ou por convenção, encontram-se sob meus cuidados o bem-estar, o interesse e o destino de outros, ou seja, o controle que tenho sobre eles inclui, igualmente, a minha obrigação para com eles.”

Para a autora, o conceito de liberdade reprodutiva envolve a noção de responsabilidade, as decisões dos futuros pais devem estar baseadas na consideração das necessidades, interesses e direitos das futuras crianças. Tal responsabilidade deve estar centrada mais no respeito à vida, à continuidade da existência, no cuidado e na solidariedade de “quem” vem, do que na avaliação condicionada que previne que “alguém” venha ao mundo em razão de sua “qualidade de vida”²¹⁴. A fronteira entre a futura qualidade de vida da criança e a sua expectativa de vida, a menos que o conceito de responsabilidade e solidariedade social seja desnecessário, não deve ser ultrapassada (HAKER, 2006).

Mesmo sem desenvolver explicitamente, para a autora a paternidade responsável parece centrar-se no dever de garantir a existência e a continuidade da vida humana e no dever de assegurar a esta, após o nascimento, um cuidado incondicional, tendo em vista a propiciar-lhe uma vida digna, “de qualidade”²¹⁵. Esse modelo de paternidade responsável assume, assim, a ética da “sacralidade da vida” (SCHRAM, 2009)²¹⁶, como diretriz das ações dos futuros pais antes do nascimento, incorporando após aquele, os deveres relativos à ética da qualidade de vida²¹⁷.

Há dessa forma, uma oposição entre os modelos de paternidade responsável baseado no dever de assegurar a qualidade de vida ao futuro filho, o que exige determinadas ações antes mesmo do nascimento tal como a seleção genética embrionária, e o modelo de paternidade responsável fundado no cuidado e na aceitação incondicional do futuro filho, o qual reclama

²¹⁴ Questiona a autora: “*The normative question today, then, is whether the recognition of an embryo on the condition of his or her assumed health, his or her sex or other features that couples might seek, affects the concept of responsibility in parenthood. I am not questioning the love parents feel towards their daughters and sons, no matter how they came into existence. I am more concerned about the effects on the concept of parenthood itself. Regarding these effects, there is some evidence in the decline of social tolerance towards children with genetic health risks or disabilities.*” (HAKER, 2006, p.180).

²¹⁵ Essa perspectiva decorre do seu acolhimento do princípio responsabilidade de Hans Jonas (2006, p.48), o qual, segundo o próprio autor, dedica-se a dirigir a ação coletiva, à política em face dos poderes tecnológicos e não à conduta privada. Ao longo de toda obra, no entanto, Jonas ressalta as semelhanças entre a responsabilidade parental com a responsabilidade do Estado, baseando as duas em dois imperativos: o primeiro, o dever de garantir a existência e a continuidade da vida humana e o segundo como o dever de assegurar que as pessoas vivam bem.

²¹⁶ O princípio da sacralidade da vida “considera a vida humana indisponível para o sujeito daquela vida específica, devendo-se, portanto, respeitar o assim chamado finalismo intrínseco da natureza ou os desígnios divinos sem tentar opor-se” (SCHRAMM, 2009, p.377), e serve de base para a atuação da ética da sacralidade da vida, “entendida, substancialmente, como conjunto coerente de deveres morais [que] pressupõe a presença de um dever moral absoluto [e que] tem sempre a prioridade sobre os outros deveres *prima facie*, isto é, que não admitenunca nenhuma exceção ou derrogação em nenhuma circunstância.” (SCHRAMM, 2009, p.380).

²¹⁷ Da mesma forma Jonas (2009, p.180) com respeito à responsabilidade parental: “a responsabilidade abarca o Ser total do objeto, todos os seus aspectos, desde a sua existência bruta até os seus interesses mais elevados. [...] Naturalmente o aspecto físico é primordial; no início, talvez só ele importe. Mas em seguida, acrescenta-se paulatinamente tudo o que entendemos por ‘educação’: habilidades, comportamento, caráter, conhecimento, os quais devem ser supervisionados e estimulados durante o desenvolvimento de uma criança, junto com tudo isso, se possível, a felicidade. Em uma palavra: o cuidado parental visa à pura existência da criança e, em seguida, visa a fazer da criança o melhor dos seres.”

primariamente uma responsabilidade para com a existência e a garantia da vida humana em formação, refletindo, por sua vez, a oposição ilustrada por Schram (2009) entre os dois princípios morais que fundamentam a ética da “qualidade de vida” e a ética da “sacralidade da vida”.

Mesmo partindo de critérios de difícil conciliação, ambos os modelos fornecem perspectivas fundamentais para o desenvolvimento das exigências ético-jurídicas do princípio da paternidade responsável como dever reprodutivo, sobretudo no nível do planejamento familiar.

A ética da qualidade de vida fundamenta a paternidade responsável desde o planejamento familiar e, em certo sentido, antes mesmo da concepção: desde o momento em que as pessoas decidem procriar, elas assumem uma forte responsabilidade pelo bem-estar de seus futuros filhos (OVERALL, 2012). Poderia mesmo se aceitar, na esteira de Overall, que a responsabilidade dos prospectivos pais compreende o dever de evitar e prevenir os prejuízos à futura descendência, integrando-se em um dever de não maleficência e no dever de cuidado pelo bem-estar de todo ser que alguém decide trazer à existência, decorrendo daí a obrigação de avaliação das condições materiais, afetivas, psicológicas, morais e afetivas para o cuidado da futura criança e também as obrigações de cuidado ainda em nível pré-natal²¹⁸.

Não parece desarrazoado admitir, ainda com Overall, que no plano dos deveres morais de não maleficência, pode estar incluído também o dever de não procriar deliberadamente quando se sabe que sua descendência corre riscos de enfrentar grave sofrimento. Entretanto, como também ressalva a própria autora, a existência de um dever moral não corresponde necessariamente a um dever jurídico²¹⁹ e vários argumentos depõem contra a introdução de um dever jurídico de não reproduzir nos casos, por exemplo, de pessoas portadoras de doenças genéticas graves transmissíveis à descendência.

Além do perigo de serem introduzidas medidas coercitivas contra essas pessoas em nome do dever da paternidade responsável – como a obrigatoriedade de testes nupciais, diagnósticos pré-impantatórios e pré-natais, contracepção, aborto ou esterilização compulsória

²¹⁸ “It means that the pregnant woman should eat well, get good prenatal care, protect her health, avoid toxic environments and violence, and so on. There is also little doubt that during pregnancy the woman should eschew excessive alcohol consumption (which can result in fetal alcohol syndrome) and the use of illegal drugs, which can be teratogenic. (OVERALL, 2012, p. 155)

²¹⁹ Como enfatiza a autora: “I develop a taxonomy of reproductive rights—what they are, how they are justified, and what their limits might be. My focus here is on moral rights, not legal rights. A moral right is an entitlement that we have good reason to accept, an entitlement that is an expression of one’s humanity and that belongs to an individual by virtue of her or his being a human person. A moral right may or may not be legally recognized; that is, a moral entitlement may or may not be encoded within the laws of the state in which an individual lives.” (OVERALL, 2012, p.20)

– um dever de não procriação nesses casos resultaria profundamente incompatível com outros bens protegidos pelo ordenamento jurídico como o pluralismo ideológico e o livre desenvolvimento da personalidade dos futuros pais, aos quais deve ser assegurada a liberdade para, segundo suas crenças e valores, avaliar e julgar suas próprias condições materiais, emocionais e psicológicas para cuidar de uma futura criança com enfermidades, deficiências ou incapacidades²²⁰, e assim, assumir livremente a decisão de procriar. Um dever jurídico em sentido contrário contrastaria também com o próprio dever estatal de respeito à vida humana (valor “sacralidade da vida” expresso na proteção do direito à vida) e se mostraria ainda visivelmente discriminatório em relação às pessoas com deficiência (WASSERMAN e ASCH, 2012).

Outra questão a salientar é que se admitido juridicamente um dever de não procriar nessas hipóteses, também estar-se-ia admitindo por via transversa, o dever dos pais de garantir à sua descendência um genoma sã, ou um patrimônio genético livre de enfermidades, o que nos remonta novamente à questão da eugenia promovida pelo próprio Estado²²¹.

Por tais aspectos, o dever de não maleficência deve ser reconhecido mais como dever moral do que jurídico. Nesse sentido, enquanto dever ético pode ser percebido pelos futuros

²²⁰ Como ressaltamos mais acima, o critério qualidade de vida não aponta uma solução objetiva para apreciar os estados de saúde, sendo que “*la mayor parte de estas decisiones son admitidas partiendo de la autonomía y autorresponsabilidad de las personas en la esfera de su intimidad, es decir, sin imposición heterónomas. Significa que el estado no está legitimado para intervenir marcando o imponiendo unas directrices de planificación familiar o de carácter eugenésico dirigido a la población.*” (CASABONA, 1999, p.27)

²²¹ Tema que será retomado no tópico 3.2. Registramos também, apenas a título de possível efeito do reconhecimento jurídico do “direito a nascer sã” (ou seu correlato direito a não nascer se não for saudável) como correspondente do dever de paternidade responsável (dever de garantir à descendência um genoma sã ou uma existência saudável) as repercussões ao nível de responsabilidade civil, por meio das ações de *wrongful life* (“vida equivocada”) contra os pais. Embora a temática seja instigante e correlacionada com os deveres de paternidade responsável, demanda uma análise autônoma e aprofundada, impossível de ser perseguida pela presente tese. Gostaríamos de salientar apenas, ainda que superficialmente, algumas consequências do reconhecimento desse tipo de ação como limitação jurídica indireta do direito à liberdade reprodutiva. Normalmente, as ações de *wrongful life* são interpostas pela criança nascida com alguma deficiência contra a negligência ou má prática médica que resultou em seu nascimento, como o diagnóstico negativo ou positivo de alguma anomalia, que tenha impedido a mãe de decidir-se sobre o aborto, quando permitido (EMALDI-CIRIÓN, 2005). A reclamação pode ultrapassar o pedido de reparação pelos sofrimentos a que o indivíduo fora submetido após o nascimento e que podem se perpetuar por toda a vida e se consubstanciar em um pedido baseado em um direito a não ter nascido. Embora até mesmo no âmbito judicial, tenham ocorrido indenizações com base no reconhecimento de um direito a não nascer (caso Perruche, 2000, Tribunal de Cassação na França), o direito a não nascer enfrenta sérias resistências, sendo uma das principais a impossibilidade de se comparar para fins de medição dos danos causados, os prejuízos de uma vida defeituosa e de uma não existência (EMALDI-CIRIÓN, 2005). Se o direito a um nascimento saudável fosse interposto contra os pais também deveríamos aceitar os grandes dilemas aos quais estariam submetidos os futuros pais antes de conceber (e mesmo após a concepção), assim como admitir a interferência desproporcional na sua esfera de intimidade e de sua liberdade para tomar decisões desse tipo (CASABONA, 1999). Teríamos ainda que conviver com a transformação da ética da qualidade de vida, como dever jurídico geral dirigido inclusive a particulares (o que subverteria a própria razão de ser desse paradigma ético cuja aplicação deve se submeter à autonomia e liberdade das pessoas) e assistir sua sobreposição definitiva sobre a ética da sacralidade da vida assentada juridicamente no dever de respeito e proteção do direito à vida.

pais como limite à sua liberdade reprodutiva, de forma a lhes constringer a evitar a procriação natural quando tiverem ciência do grande e evidente sofrimento a que sua descendência estará submetida, como no caso da transmissão de enfermidades genéticas graves. Para esses futuros pais, o recurso aos meios e técnicas da procriação assistida que proporcionem o nascimento de crianças livres de tais riscos genéticos representaria a última esperança para prosseguir, de forma responsável, com o projeto parental da procriação biológica.

Nesses casos, adotando solução oposta àquele sinalizado pelo modelo de paternidade preventiva de responsabilidade, cujo efeito seria o de obrigar os pais a procederem à seleção genética em nome da garantia da qualidade de vida da futura criança, o acesso à seleção genética permaneceria como uma alternativa disponível ao planejamento familiar dos futuros pais.

A proposta do modelo defendido por Haker, por sua vez, introduz a necessidade de se pensar a liberdade reprodutiva dos futuros pais como um projeto relacional, um agir livre, mas dirigido pelas necessidades, interesses e direitos do “outro”, a futura criança. A perspectiva relacional propõe o reconhecimento da futura criança como futura pessoa, a qual é merecedora de cuidado e aceitação incondicional, impondo limites, assim, à seleção genética “ampla” proposta por Savulescu. A autora chama a atenção ainda para o fato de que a responsabilidade para com as futuras crianças não é apenas parental, mas de toda a sociedade e do Estado, e fundamenta uma ética pública que deve acompanhar a delimitação da liberdade reprodutiva, inclusive, a regulação jurídica das técnicas de reprodução assistida.

Embora mais compatível com a ideia de proteção da dignidade das futuras crianças, esse modelo, se incorporar o dever de garantir a existência e a continuidade da vida humana antes do nascimento (antes mesmo da implantação no útero materno), poderia ter como resultado a proibição absoluta da seleção genética embrionária por ofensa ao dever de respeito dos futuros pais à “sacralidade da vida humana”.

Vale advertir lembrando, entretanto, que a retirada do dever de “respeito à vida” do dispositivo constitucional que constava ao lado de dever de paternidade responsável à época da constituinte, dificulta tal conclusão. Não apenas pelo fato de que se estavam juntos no mesmo dispositivo, é porque se tratavam de deveres diferentes, mas também e, especialmente, porque tendo em vista aquele equilíbrio compromissário alcançado com a aprovação do dispositivo a que se referiu no início desse capítulo, estaria vedada uma interpretação constitucional que privilegiasse de tal forma um dos lados perdedores no debate constituinte. Outro ponto que o modelo de Haker parece não considerar é que a ética da “qualidade de

vida”, como visto, também atua na fase do planejamento familiar, ao lado ou contra a ética da “sacralidade da vida”.

Destituídos dos seus possíveis efeitos absolutos e contraditórios – o modelo de paternidade responsável com base no critério qualidade de vida impondo a seleção genética embrionária *versus* o modelo de responsabilidade parental baseado na manutenção da vida humana e no cuidado e aceitação incondicional pelo seu desenvolvimento vetando a seleção genética embrionária a qualquer custo – ambos os modelos fornecem critérios para a interpretação do princípio jurídico da paternidade responsável no contexto do ordenamento brasileiro. Enquanto parâmetro ético balizador do exercício da liberdade reprodutiva dos futuros pais no país, o princípio da paternidade responsável poderia ser compreendido, assim, sob dois aspectos: no primeiro, como o dever dos prospectivos pais de evitar e prevenir os danos causados à sua futura descendência, aumentando-lhe o seu bem-estar (dever de não maleficência), e no segundo, como a obrigação dos futuros pais de atuar em relação aos seres que gerarão ou aqueles que estão gestando, em reconhecimento à sua qualidade de futura pessoa, buscando assegurar os interesses e direitos futuros desta.

Mais uma vez, deve-se salientar a cautela e precaução necessária em imprimir consequências coercitivas ou sancionatórias a tais deveres, por isso mesmo andou bem o constituinte na vedação expressa de tais medidas relativas ao planejamento familiar. Notadamente em razão das incongruências e dos efeitos discriminatórios que podem gerar, os deveres de paternidade responsável aplicados à futuros pais devem ser compreendidos mais como deveres morais que jurídicos²²².

À semelhança do princípio da dignidade da pessoa humana, a noção indicada acima de paternidade responsável também não traça uma linha divisória clara entre o que seria devido juridicamente em relação à seleção genética embrionária, mas contribui para esclarecer que posições teóricas extremas a serem fundadas diretamente no princípio, a título de imposição ou vedação por completo da sua utilização, não se sustentam. A paternidade responsável requer deveres morais complexos: diante da percepção de sofrimento extremo a ser enfrentado não evitável por meio de todo amor, afeto, receptividade e solidariedade social, alguns prospectivos pais podem se sentir constrangidos a não reproduzir e, nesses casos, sendo a seleção genética embrionária uma forma de evitar tal sofrimento deveria estar à disposição dos futuros pais para que, considerando livremente seu projeto parental, pudessem de forma responsável optar pela procriação biológica. Por outro lado, o dever de consideração

²²² Em sentido semelhante, mas referindo-se aos deveres entre os cônjuges, posiciona-se Lobo (2013).

da futura criança como futura pessoa, com futuros interesses e direitos próprios, nessa perspectiva relacional, pode sinalizar a vedação de acesso às práticas de seleção embrionária cujo objetivo não for a redução do sofrimento futuro extremo e evidente.

Paternidade responsável e dignidade da pessoa humana constituem, portanto, princípios conformadores da liberdade reprodutiva e introduzem a perspectiva dos deveres associados à reprodução. Enfrentadas as contradições e os impactos de algumas interpretações propostas, versões de ambos os princípios puderam ser apontadas e, mesmo reconhecendo que tais versões introduzem apenas argumentos adicionais a serem incorporados ao debate do tema no país, elas fornecem parâmetros para a compreensão do direito de liberdade reprodutiva. O contexto relacional de respeito pela singularidade e unicidade das futuras crianças e de cuidado pelo seu bem estar, como se verá no capítulo seguinte, funcionarão como critérios sinalizadores que dificultam a inclusão de certas modalidades de seleção genética embrionária como expressão da liberdade reprodutiva e, por outro lado, justificam a aceitação de outras.

No sentido de demonstrar ainda outra dimensão que deve permear a compreensão e a delimitação da liberdade reprodutiva – a qual se denomina de dimensão “comunitária”, ou seja, a exigência de sua inserção em um contexto normativo que protege diversos outros valores sociais em forma de princípios jurídicos –, serão analisados ainda nesse capítulo outros elementos que se apresentam como possíveis fatores de restrições ao exercício da liberdade de procriar e seus efeitos relativos às práticas de seleção genética embrionária.

1.3 Restrições à liberdade reprodutiva: possíveis conflitos com o direito à vida, o direito ao patrimônio genético, o direito à identidade pessoal da futura criança e o direito à igualdade

Além dos parâmetros internos de conformação do âmbito protegido pela liberdade reprodutiva no Brasil, como os deveres de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, outros argumentos jurídicos, decorrentes da interpretação de algumas normas do sistema são comumente invocados para afastar a admissibilidade da seleção genética embrionária, tais como o direito à vida, ao patrimônio genético, à identidade pessoal e o direito à igualdade, alguns dos quais já foram mencionados no tópico anterior e autonomizados da discussão em torno do princípio da dignidade da pessoa humana.

A primeira dificuldade a ser enfrentada ao lidar com esses argumentos relaciona-se com a identificação da dimensão jurídica na qual eles são utilizados: quem são os titulares desses direitos e em que dimensão eles seriam incompatíveis com o exercício da liberdade procriativa? Em outras palavras, são os direitos de quem que se opõe à liberdade procriativa

no nível de planejamento familiar, os direitos dos embriões *in vitro*? Em que pese posições doutrinárias contrárias²²³, devidas principalmente em face da intensa discussão teórica no Brasil sobre o estatuto jurídico do embrião *in vitro*, a nosso ver, e como temos defendido até aqui, tanto a Lei de 11.105/05 (Lei de Biossegurança), como as decisões judiciais relativas ao tema – a ADI 3510 julgada pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Artavia Murillo X Costa Rica) – afastam a personalidade e a titularidade de direitos do embrião humano não-implantado.

Ao permitir a utilização de células tronco embrionárias nas pesquisas científicas, o legislador de 2005 não conferiu ao embrião *in vitro* a mesma condição jurídica de embriões concebidos no útero, nem de fetos, nem de pessoas nascidas, já que admitiu sua destruição para fins de pesquisa e terapia. A legislação também não vedou o descarte de embriões seja daqueles excedentes da reprodução assistida seja daqueles doados à pesquisa e não utilizados²²⁴. A tese vencedora da ADI 3510 confirmou o tratamento dado ao legislador, ratificando a despersonalização do embrião e a ausência da titularidade de direito à vida (ECHAIZ-ESPINOZA, 2019).

As limitações legislativas impostas à pesquisa, por outro lado, como a exigência de se utilizar apenas células-tronco de embriões excedentários dos processos de fertilização *in vitro* – o que veda implicitamente a produção exclusiva de embriões para pesquisa –, a condição da inviabilidade ou o transcurso de três anos após o congelamento aliada à exigência do consentimento livre e esclarecido dos genitores, bem como a proibição de comercialização, permitem extrair o entendimento de que o embrião também não é simplesmente coisa, à livre disposição de seus proprietários, mas, ao contrário, recebeu proteção jurídica diferenciada.

Nesse aspecto, confirmou-se a tese implícita nos votos vencedores e explícita nos votos vencidos da ADI 3510 de que, embora não haja titularidade do direito à vida, nem personalização do embrião *in vitro*, a vida embrionária merece proteção legislativa em face do dever de proteção do direito fundamental à vida, em sua perspectiva objetiva (ECHAIZ-ESPINOZA, 2019). No mesmo sentido, andou a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao negar personalidade ao embrião, inclusive ao nascituro, assumindo, além da tese da proteção gradual do direito à vida, os postulados da proteção objetiva do direito à vida (ECHAIZ-ESPINOZA e CHRISTOPOULOS, 2018).

²²³ Conferir, por exemplo, entre nós, Meirelles (2003), Diniz (2008) e Petterle (2007).

²²⁴ Conforme redação da Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina: “IV Da doação de gametas ou embriões 4- Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.”

Apesar das decisões judiciais citadas se referirem particularmente ao direito à vida, ambas assentaram a despersonalização do embrião *in vitro* e a não subjetividade na titularidade desse direito, condição que deve ser aplicada ao questionamento acerca da titularidade dos demais direitos pelo embrião *in vitro*. Nesse aspecto, os argumentos frequentemente opostos ao exercício da liberdade reprodutiva, como o direito à vida, à identidade genética, à diversidade genética e à igualdade não podem ser vistos sob uma perspectiva subjetiva desses direitos, cujos titulares seriam os embriões, mas sim sob a perspectiva objetiva, mediante a qual tais direitos fundamentais também encerram deveres de proteção por parte dos poderes públicos. Sobre a denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, seus efeitos e impactos diretamente no campo das práticas seletivas algumas considerações são necessárias.

1.3.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seu potencial efeito legitimador para configurar restrições ao exercício da liberdade reprodutiva

A doutrina constitucionalista já há algum tempo vem defendendo a ideia de que os direitos fundamentais, para além de sua função clássica, historicamente definida como direitos do homem ou dos cidadãos contra o arbítrio estatal, representam “um sistema ou ordem objetiva de valores” que condiciona toda a atuação dos poderes públicos (NOVAIS, 2003; SARLET, 2004; VIEIRA DE ANDRADE, 2001). A tentativa de reconfigurar a compreensão dos papéis que os direitos fundamentais assumem no contexto dos estados democráticos contemporâneos expressa um claro percurso em direção ao abandono de concepções liberais estritas que extraem desses direitos apenas seus efeitos subjetivos, como as garantias de liberdade e autodeterminação individuais em face dos poderes públicos e o poder que lhes é conferido para acionar sua proteção pelas normas de direitos fundamentais (NOVAIS, 2003).

Dessa forma, tem-se designado que os direitos fundamentais comportam uma dupla dimensão: de um lado, a dimensão subjetiva – inerente ao aspecto tradicional apontado acima – de outro, uma dimensão objetiva – que não se resume a uma simples correspondência dos deveres estatais em decorrência dos direitos dos indivíduos dirigidos ao Estado.

Segundo Sarlet (2004), a denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais compreende dois aspectos – uma perspectiva axiológica e outra especificamente jurídica (SARLET, 2004). A primeira implica em afirmar que os direitos fundamentais não são apenas ‘trunfos’ do indivíduo em face do Estado, mas também consistem em valores básicos da convivência social e da atuação dos poderes públicos. Esses valores congregam uma

referência comunitária capaz de moldar, inclusive, o próprio conteúdo dos direitos subjetivos fundamentais, legitimando restrições ao seu exercício (SARLET, 2004).

A perspectiva propriamente jurídica significa um reforço à eficácia dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, porém, como ressalta Sarlet (2004, p. 157) trata-se de um desdobramento autônomo, independente da titularidade subjetiva do direito. Contemplando exatamente esses dois aspectos, discorre Sarlet (2014, p.189):

Assim como se verifica com os demais direitos fundamentais (mas também dos princípios fundamentais em geral) no âmbito do que se convencionou designar de uma dimensão objetiva, o direito à vida representa um valor, um bem jurídico também objetivamente reconhecido e protegido, donde decorrem efeitos jurídicos autônomos, que, por sua vez, refletem na própria esfera subjetiva, ampliando as possibilidades de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido da “autonomização” da dimensão objetiva, Novais (2003, p.70) afirma que a consideração dos conteúdos objetivos das normas de direitos fundamentais “não coincide, ou, pelo menos, é suscetível de uma consideração independente da dimensão subjetiva que, de alguma forma, lhe corresponda ou com ela esteja relacionada.”

Desse aspecto objetivo decorre a eficácia vinculante desses direitos – pela qual se impõe deveres de proteção ao Estado que assegurem de forma preventiva a efetividade dos direitos fundamentais em face de possíveis lesões dos poderes públicos ou de terceiros. Nessa perspectiva, segundo Novais (2003), os direitos fundamentais são vistos como valores que independente de sua subjetivização e da possibilidade de o particular invocá-lo, são vinculantes para o Estado. Nessa dimensão, podem ser invocados, como deveres jurídicos estatais, para se referir a proteção de pessoas não existentes, às gerações futuras, à generalidade de pessoas e nesse aspecto, podem resultar em restrições a direitos fundamentais de pessoas individuais existentes (NOVAIS, 2003).

Na esteira de Alexy (2002, p.509), a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como princípios jurídicos de alto nível de abstração, sem titular subjetivo, sem destinatário ou obrigado definido e sem especificações de seu conteúdo. Nesse contexto, uma norma do tipo “a vida humana deve ser respeitada” poderia ser formulada como um princípio objetivo que se irradiaria sobre todos os âmbitos do direito positivo, dirigindo-se não apenas ao poder público, mas também a toda comunidade. Mas o que especificamente decorreria da dimensão objetiva do direito à vida como proteção constitucional do embrião *in vitro*?

Como esclarece Alexy (2002, p.510), princípios objetivos de alto nível de abstração, tal qual “a vida humana deve ser respeitada”, não dizem muita coisa e, especialmente nesse caso, a profunda divergência doutrinária, jurisprudencial e até mesmo científica para se afirmar com certeza o início da vida humana parece tornar mais nebulosa a tarefa de se extrair diretrizes mais concretas para o tratamento do embrião *in vitro*.

Em razão do alto grau de abstração desses deveres objetivos, a intensidade da proteção na dimensão objetiva deverá ser definida pelo legislador, restando condicionada tanto por seus juízos de oportunidade, ponderação e prognóstico como pelas possibilidades materiais, inclusive financeiras, dos poderes públicos (NOVAIS, 2003; ALEXY, 2002). Apenas nos casos excepcionais, em que for verificada a ausência de um padrão mínimo de realização (déficit de proteção) do direito fundamental, caberia intervenção judicial. Como pontua Novais:

[...] salvo nos casos em que essa obrigação estatal esteja excepcionalmente determinada ou em que a omissão estatal se traduza numa lesão evidente dos direitos fundamentais por violação da *Untermaßverbot*, a decisão última sobre o se, quando e, sobretudo, o como da proteção de direitos fundamentais contra agressões de terceiros cabe na margem de decisão política do legislador (ou, eventualmente, da Administração). (NOVAIS, 2003, p.91)

Ainda nesses casos, o controle judicial da proteção deficiente deve ser feito com bastante reserva de forma a não substituir o legislador em sua função legítima de realizar os juízos de ponderação e de prognose relativos à forma, gradação e à extensão do conteúdo dos deveres de proteção²²⁵. Vale considerar assim, a advertência de Vieira de Andrade quanto ao controle jurisdicional do *défit* de proteção:

Claro que esta concepção do dever de proteção não pode ser radicalizada, deve ter em conta a liberdade constitutiva do legislador, que não pode ser totalmente eliminada, bem como os limites de facto e de direito que, em especial numa sociedade livre e democrática, o legislador tem de respeitar – enquanto princípio, a proibição do *déficit* vale *na medida do possível*. (VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p.144, grifo do autor.)

²²⁵ Em oposição particularmente à tese vencida que insistia na inconstitucionalidade da lei por ofensa ao *déficit* de proteção ao direito fundamental à vida. Como escrevemos em outro trabalho: “No julgamento da ADI 3510, especialmente os votos vencidos, ressaltaram a importância de se estabelecer deveres de proteção mais fortes para a pesquisa com células-tronco-embriônicas no país. Alguns propuseram vedações às pesquisas cujas técnicas de manipulação provocassem à destruição de embriões, outros delimitavam o conceito de embrião inviável ou ainda exigiam que a fiscalização das atividades se desse por órgão oficial e nacional. Sem declarar a ausência de proteção pelo legislador- já que a proteção fica evidente nas restrições impostas à pesquisa como já apontamos acima -, o que, na verdade, os votos vencidos estavam realizando era uma análise da proporcionalidade pela via da proteção deficiente.” (ECHAIZ-ESPINOZA, 2019)

Os votos vencedores na ADI 3510, nesse sentido, demonstraram deferência ao legislador e admitiram ter havido proteção suficiente do embrião *in vitro* no tocante às pesquisas com células-tronco embrionárias no país, atendendo-se, assim, às exigências da dimensão objetiva do direito à vida incidente no caso.

Pelas considerações tecidas acima, infere-se que o exercício do direito à liberdade reprodutiva estará sujeita a restrições não apenas quando sua mobilização gerar ou suscitar potenciais efeitos danosos a direitos fundamentais de outros indivíduos – como postulado na concepção de Harris (2007) discutida mais acima – mas igualmente quando afetar os conteúdos objetivos de outros direitos fundamentais reputados como valores objetivos fixados no marco de uma “Constituição axiologicamente comprometida” (NOVAIS, 2003), acionando, assim, os chamados deveres de proteção.

1.3.2 Incidência dos deveres de proteção e seus impactos nas práticas seletivas embrionárias pré-implantacional

Os deveres de proteção podem ser compreendidos como “deveres concretos de actuação estatal, designadamente por força do encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros” (NOVAIS, 2003, p.86). Enquanto consequência direta da dimensão objetiva, tais deveres se relacionam com obrigações impostas ao Estado em decorrência dos conteúdos objetivos das normas de direitos fundamentais, independente da existência de titulares subjetivos a um direito de proteção e a uma atuação estatal específica.

Dessa forma, mesmo diante da ausência de titularidade subjetiva do embrião *in vitro* para opor “seus” direitos à vida, à identidade pessoal futura e à igualdade²²⁶, segundo posição adotada no trabalho, tais direitos fundamentais concebidos, sobretudo, em seu aspecto objetivo como pautas valorativas para a atuação dos poderes públicos, reclamam a atuação protetiva do Estado e poderão ser invocados como elementos de restrição ao exercício da liberdade reprodutiva, notadamente pelo legislador que dispõe de ampla liberdade de configuração para mediatizar a proteção exigida pelos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003).

Particularmente quanto às práticas seletivas, resta esclarecer e discutir como e em que medida tais aspectos a dimensão objetiva desses direitos poderiam impactar o exercício da liberdade reprodutiva, autorizando uma intervenção restritiva nesse campo.

²²⁶ Quanto ao direito ao patrimônio genético, cumpre ressaltar a perspectiva subjetiva (de direito transindividual ou interesse difuso) que o mesmo acaba assumindo no ordenamento jurídico brasileiro, por sua decorrência do direito ao meio ambiente saudável (MACHADO, 2008), como veremos a seguir.

Por outro lado, e reconhecendo na acepção “ordem de valores” comunitários uma dimensão dos direitos fundamentais que, à semelhança do que ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, pode se prestar à instrumentalização da ordem constitucional a serviço da moral fragmentária de grupos sociais determinados, faz-se necessário discutir e apontar como algumas consequências extraídas da dimensão objetiva desses direitos fundamentais se afiguram insustentáveis, seja porque estão em descompasso com a sistemática normativa da matéria, seja porque se sujeitam a críticas realistas e contundentes que desvendam o caráter tecnofílico de algumas posições.

Com relação ao direito à vida, poderia ser afastada inicialmente no contexto legislativo brasileiro, a consequência da proposta de Habermas de que a “dignidade” da vida humana requer uma vedação absoluta da seleção genética embrionária, inclusive daquela que se destina a evitar a transmissão de doença grave à descendência. Isso porque, como vimos, o legislador, em seu juízo de livre conformação legislativa, ratificado em sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, permitiu a doação de embriões (não apenas dos inviáveis, mas também os dos viáveis congelados há mais de três anos) para fins de pesquisa. Se embriões viáveis podem ser destruídos para fins de pesquisa, porque não poderiam ser preteridos em caso de serem portadores de doenças genéticas graves que lhes imputaria no futuro grande sofrimento pessoal e familiar?

Ademais, a ética da “sacralidade da vida” que sustenta a proteção da dimensão objetiva do direito à vida pode entrar em confronto em alguns casos com a ética da “qualidade de vida” presente no dever da paternidade responsável de evitar e prevenir prejuízo à sua descendência. Quando a possível transmissão de doenças genéticas graves de evidente sofrimento estiver em questão, a seleção genética embrionária seria até o momento, a única alternativa disponível para futuros pais que, desejando ainda buscar a descendência biológica, o façam de forma responsável. Razão pela qual, mais uma vez, o direito à vida em sua dimensão objetiva não poderia resultar em uma proteção absoluta.

Por outro lado, não resta dúvida de que os deveres de proteção do direito à vida, fundamentados na ética da “sacralidade da vida humana”, poderão assumir um papel relevante na restrição da liberdade dos futuros pais para realizarem seleção genética embrionária com determinadas finalidades como a seleção de sexo ou de características físicas. Nesses casos, ausente os motivos justificados pelos quais se pretere um embrião a outro, a advertência apontada por Habermas (2004, p.29) incidiria mais claramente: seria compatível com o respeito à vida humana “o ser gerado sob ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?”

Além disso, vale projetar os riscos que as consequências da admissão sem freios à seleção genética embrionária com fins perfeccionistas, sociais ou preferenciais poderão gerar. Como ressaltado no capítulo primeiro da primeira parte, os métodos de seleção genética embrionária avançam e as técnicas desenvolvidas permitem sua utilização não apenas para evitar enfermidades, mas também para selecionar de acordo com inúmeras características. Segundo Bayeksky e Jeggings (2015), uma técnica de sequenciamento do DNA já pode ser realizada nos Estados Unidos em apenas um dia. Se o DGPI é aprimorado por este método, a única limitação técnica à eficácia do teste seria a produção escassa de embriões da fertilização *in vitro* (FIV), que dificulta o escaneamento global.

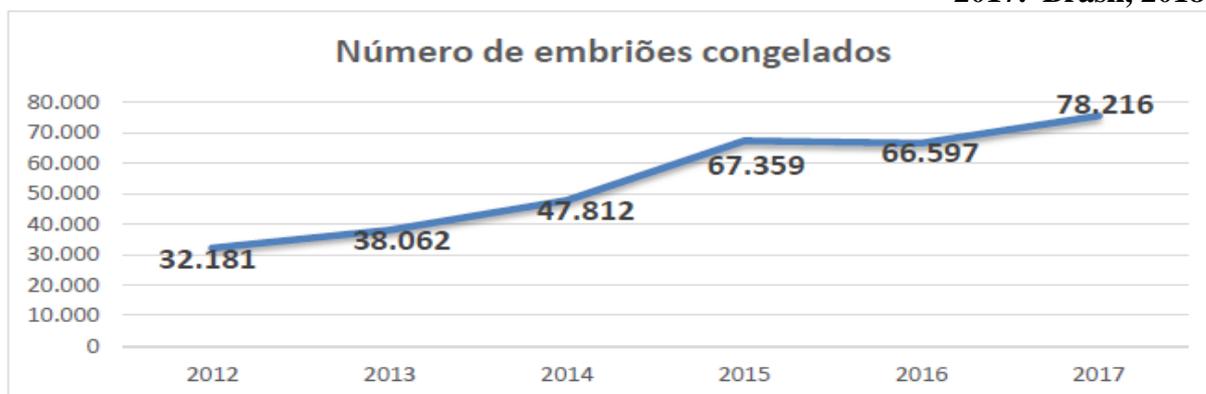
Quanto maior o número de características a testar, maior deve ser o número de embriões produzidos, o que criaria uma demanda cada vez maior pela hipestimulação ovariana nas mulheres submetidas a tratamento, com o objetivo de obter o maior número de embriões possível. Em razão das limitações próprias da FIV para isso, o próximo passo seria, então, partir para a produção de óvulos *in vitro*, a partir da estimulação de parte do tecido ovariano e assim, facilitar a produção em larga escala de embriões (BAYEFISKY e JENNINGS, 2015). Quantos embriões se teria que produzir, preterir e congelar para selecionar um número bem reduzido a ser implantado apenas em nome de padrões desejados pelos futuros pais? Tais aspectos poderiam de fato impactar a dimensão objetiva do direito à vida, se tal procedimento fosse adotado no Brasil.

Se considerados tais aspectos, os deveres de proteção do direito à vida exigem o dever de legislar restringindo o uso dos testes em nível de pré-implantação embrionária, a seleção genética para fins perfeccionistas, sociais e preferenciais, assim como a implantação de órgãos de controle e fiscalização do uso dos testes genéticos. Até o presente momento, entretanto, no contexto de ausência normativa no país sobre o tema, não existem mecanismos de controle ou de acompanhamento, nem mesmo em nível interno de controle ético por parte do Conselho Federal de Medicina, sobre o uso do DGPI ou do PGS. Não existem dados disponíveis sobre o número de testes genéticos realizados em embriões pré-implantados, nem acerca dos motivos que levaram à realização dos testes. Em termos práticos, se métodos de escaneamento como o genoma completo ou outros semelhantes fossem adotados por clínicas de reprodução assistida no Brasil e para quais finalidades seriam utilizados, nem a sociedade nem o próprio Estado teria como saber.

Vale registrar, inclusive, que a indústria da reprodução assistida aumenta a cada ano, juntamente como o número de embriões congelados no país, conforme os dados colhidos pelo Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) criado pela ANVISA em 2011 (ver

gráfico abaixo)²²⁷. Os relatórios anuais exigidos pelo SisEmbryo às clínicas de reprodução assistida não contemplam, entretanto, os dados relativos aos ciclos de fertilização nos quais foram utilizados o DGPI ou o PGS, o número de embriões testados, as finalidades e a especificação das doenças genéticas para os quais foram testados, o que demonstra de certa forma que ademais da figura do legislador²²⁸, órgãos administrativos estatais, e mesmo a sociedade ainda não despertaram para a problemática da seleção genética embrionária em nosso país, cuja discussão permanece restrita ao meio médico e a especialistas, e cuja prática pode estar sendo normalizada e silenciada no âmbito privado e sigiloso das clínicas de reprodução assistida²²⁹.

Número de embriões congelados nos anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017. Brasil, 2018.



Fonte: SisEmbryo/Anvisa-2018, dados obtidos em 21/02/2018.

²²⁷ O SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões – foi criado pela Diretoria Colegiada/Anvisa RDC nº 29, de 12 de maio de 2008, e atualizado pela RDC nº 23/2011, com os seguintes objetivos: “conhecer o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização *in vitro* que estão criopreservados (congelados) nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos-BCTGs, mais conhecidos como clínicas de Reprodução Humana Assistida; atualizar as informações sobre embriões doados para pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme demanda da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e Decreto nº 5.591/2005; divulgar informações relacionadas à produção de células e tecidos germinativos (ócitos e embriões) no Brasil, como: número de ciclos de fertilização *in vitro* realizados, número de óocitos produzidos, número de óocitos inseminados, número de óocitos com 2 pronúcleos, número de embriões clivados, número de embriões transferidos, bem como o número de embriões descartados por ausência de viabilidade; divulgação de indicadores de qualidade dos Bancos, com o objetivo de promover a melhoria contínua do controle de qualidade dos Bancos, auxiliar os inspetores sanitários a avaliar/inspecionar os BCTGs, bem como a população a ter acesso aos indicadores de qualidade dos serviços”.

²²⁸ Poderia se cogitar aqui, no caso da reprodução assistida, da comprovação tese de Carbonier (2001) de que a ausência de normas jurídicas revela a opção da sociedade por um modelo de direito flexível, ou seja, de um direito menos excessivo, menos regulatório, fora do qual determinadas matérias permanecem reguladas apenas por outras espécies de normas, sejam elas morais, éticas ou religiosas. Contudo, a nosso ver, o problema não parece ser este. Existem mais de 15 projetos de lei sobre o assunto tramitando no Congresso Nacional, dentre eles projetos com soluções bem opostas.

²²⁹ Vale registrar as dificuldades do levantamento e coleta de dados nesse campo, inclusive relacionados às pesquisas científicas na área, relatadas por Corrêa (2001) e Luna (2007).

Outro argumento jurídico levantado para se opor à prática da seleção genética embrionária é aquele baseado no “direito à herança genética não manipulada”²³⁰, o qual se apresenta na doutrina sob nomenclaturas diversas, seja como direito ao patrimônio genético humano (BARBAS, 2006), como direito à identidade genética (OTERO, 1999) ou ainda como direito ao genoma humano (MACHADO, 2008). Em que pese a ausência de normativa expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca de tais expressões, a doutrina nacional vem de longa data defendendo a existência de um direito fundamental à identidade genética, como direito fundamental implícito que integra os chamados direitos de personalidade (BARACHO, 2000; BARBOZA, 2004; PETTERLE, 2007, AMARAL, 2016).

Sob a perspectiva subjetiva ou individual, segundo a abordagem de Machado (2008), o direito ao patrimônio genético (ou ao genoma humano na perspectiva da autora) compreende: a) o direito à integridade genética – inviolabilidade do patrimônio genético da pessoa com a consequente vedação de sua alteração por meio de engenharia genética; b) o direito à identidade genética – direito a um patrimônio genético único e irrepetido e a garantia a um “patrimônio genético aleatório”, não determinado por outrem e o c) direito à intimidade genética – direito de guardar a informação genética para si, fora do alcance e do conhecimento de terceiros, sem a sua autorização²³¹.

Assim como Machado entre nós, a doutrina portuguesa vem defendendo a garantia da herança genética não manipulada como consequência do direito ao patrimônio genético. Barbas (2006, p.19), por exemplo, insiste na afirmação de que o direito ao patrimônio genético compreende principalmente o “direito de cada homem herdar as suas características, os seus componentes genéticos sem qualquer tipo de manipulação”. Nesse mesmo sentido Otero (1999, p.92), ao fazer derivar do direito à identidade genética “um princípio geral da não manipulação do patrimônio genético, ou pelo menos, de manipulação mínima do patrimônio genético naturalmente indicativo de cada ser humano.”

Cumpra registrar, entretanto, que o “direito à herança genética não manipulada artificialmente” é objeto de inúmeras críticas. Como alerta Grande (2002, p. 160), a defesa de um direito ao patrimônio genético não manipulado além de revelar uma atitude extremamente pessimista em relação aos benefícios promovidos pela biotecnociência, também demonstra uma valoração injustificada da natureza como algo bom: “*parece concebir-se al azar*

²³⁰ Expressão defendida por Habermas (2004).

²³¹ O direito à identidade genética, embora esses aspectos não estejam elucidados no trabalho de Machado, também compreende o direito de conhecer suas origens biológicas (OTERO, 1999; BARBOZA, 2004; LOBO, 2004), assim como o direito de ter acesso aos seus dados genéticos para fins de diagnóstico ou prognose de estados de saúde (ECHAIZ-ESPINOZA, 2016).

mutacional como preferible frente a la intervención genética diseñada racionalmente”.

Como reflete mais enfaticamente Neumann:

Suponha-se que fosse possível libertar a humanidade de determinados sofrimentos por intermédio de intervenções direcionadas e isentas de risco na herança genética humana. Por que não deveria ser admissível realizar tais intervenções? Não deveríamos partir abertamente, do ponto de vista humanitário, de uma correspondente obrigação de intervenção, pressupondo-se, é claro, o consentimento das pessoas diretamente atingidas? (NEUMAN, 2009, p.225)

Ademais, se as intervenções no genoma humano com fins preventivos, de caráter terapêutico ou diagnóstico foram autorizadas tanto pela Declaração Universal do Genoma Humano como pela Convenção Européia sobre a Biomedicina²³², como ressalta o autor, qual o sentido de se extrair desses instrumentos um direito geral a não manipulação do material genético? Se a cura, o tratamento ou a prevenção de doenças podem mesmo justificar a intervenção no material genético, a questão da interferência artificial no genoma humano deve ser respondida por meio da avaliação criteriosa de meios e fins, de custos, riscos e benefícios e não sob um critério geral de um direito à interdição de manipulação (NEUMANN, 2009; GRANDE, 2002).

A garantia do patrimônio genético não manipulado não fora reconhecida expressamente como direito dos indivíduos nos documentos internacionais normativos sobre o assunto, não constando previsão de tal direito nem na Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos da Unesco (1997), nem na Convenção Européia de Direitos Humanos e Biomedicina (1997). Pode-se atribuir a repercussão doutrinária que tal aspecto logrou alcançar em nível teórico à Recomendação 934 (1982) da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, cujo texto, elaborado durante os debates do projeto de elaboração do Convênio de Oviedo, aconselhava ao Conselho de Ministros a inserir na convenção um reconhecimento explícito do direito a uma herança genética não manipulada artificialmente²³³.

²³² A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) dispõe no artigo 5 que “ a) A pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional.”

²³³ Conforme Art. 7º, “b” da Recomendação 934(1982) do Conselho Europeu: “7. *Recommends that the Committee of Ministers: b. provide for explicit recognition in the European Convention on Human Rights of the right to a genetic inheritance which has not been artificially interfered with, except in accordance with certain principles which are recognised as being fully compatible with respect for human rights (as, for example, in the field of therapeutic applications)*” Texto disponível em: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14968&lang=en>, acesso em 22/04/2019.

O texto, entretanto, não teve assento na redação final do Convênio, muito embora exista dispositivo que limita as intervenções e as pesquisas no genoma humano²³⁴.

Outro questionamento relativo ao direito ao patrimônio genético “não manipulado” reside na própria ambiguidade do termo “manipulação”. Para Barbas e Otero, a manipulação do patrimônio genético envolve a seleção genética embrionária, indicando a preferência dos autores pelo sentido de manipulação coincidente com sua definição lexical, “tocar com as mãos” e desse modo, o ato de escolher um embrião para implantação no útero conforme seus dados genéticos afetaria o direito à herança genética “não manipulada”. Porém, segundo Machado (2008, p. 122), a manipulação do material genético compreenderia as técnicas de engenharia genética, sendo definidas como todas:

[...] as interferências artificiais no código genético de diversas formas de vida existentes no planeta, seja pela manipulação direta de genes e cromossomos – alterando-se a carga genética pela supressão e/ou introdução de genes ou pela recombinação do material cromossômico –, seja pela manipulação das células responsáveis pela perpetuação das características genotípicas da espécie (células germinativas).

Compreendida “manipulação” nessa acepção técnica e admitindo-se a existência de um direito à herança genética “não manipulada”, a seleção genética em nada o afetaria já que não se trata de procedimento de engenharia genética, cuja consequência imediata é provocar alteração na composição do material genético do indivíduo. Desse modo, nem mesmo admitindo-se a capacidade do embrião *in vitro* para ser titular do direito ao patrimônio genético não manipulado, como o fazem Barbas e Otero, a seleção genética poderia representar a violação de tal direito.

Além disso, postular como integrante do direito à identidade genética um direito a um genoma aleatório sob a perspectiva individual e subjetiva significa atribuir ao embrião *in vitro* a sua titularidade, o que resultaria também bastante questionável, como já salientado, no contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito das críticas que se pode fazer à sustentação teórica de um direito ao patrimônio genético não manipulado, sobretudo, sob uma dimensão subjetiva e individual do embrião *in vitro*, não se pode negar que da perspectiva objetiva do direito ao patrimônio genético sejam extraídos deveres estatais de proteção da integridade desse patrimônio e da diversidade genética entre as pessoas que possam resultar em restrições à manipulação

²³⁴ Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e a Biomedicina (1997): “Artículo 13.- Intervenciones en el genoma humano. No podrá realizarse intervención alguna en el genoma humano si no es con fines preventivos, terapéuticos o diagnósticos, y a condición de que no tenga por objeto introducir ninguna modificación en el genoma de la descendencia.”

genética (engenharia genética) ou mesmo à determinação daqueles que irão nascer conforme as características genéticas (seleção genética).

Em nosso país, a dimensão objetiva do direito ao patrimônio genético fora expressa pelo próprio constituinte na forma de interesse difuso, decorrente da proteção ao meio ambiente (art. 225, 1, II da Constituição Federal), competindo ao Estado “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.” Se o ser humano também integra a biosfera do planeta, seu genoma deve ser protegido pela cláusula de proteção do patrimônio genético do país (BARACHO, 2000; MACHADO, 2008; PETTERLE, 2007). Nessa direção, a própria Lei de Biossegurança, regulamentando o dispositivo constitucional citado, estabeleceu critérios para o desenvolvimento e fiscalização das atividades que envolvem a alteração genética de organismos vivos, vedando, inclusive, a clonagem reprodutiva e a engenharia genética em embriões humanos e células germinativas.

Repercutindo particularmente na seleção genética embrionária, os deveres de proteção do patrimônio genético humano poderiam resultar em restrições a certas modalidades de seleção genética que pusessem em risco a diversidade genética entre as pessoas. A seleção “ampla” proposta por Savulescu, por exemplo, – a qual pode incluir a seleção contra quaisquer tipos de doenças, enfermidades ou incapacidades, até mesmo as curáveis e menos graves, como a seleção a favor de determinadas características físicas, comportamentais ou intelectuais – se permitida e realizada em larga escala, um cenário de grave afetação da diversidade genética entre as pessoas poderia ser vislumbrado.

As observações de Dworkin, entretanto, quanto à objeção da perda da diversidade como efeito da prática da seleção genética são pertinentes. Como de fato a escolha dos pais sobre determinadas características de seus filhos poderia afetar a diversidade genética humana? Será que haveria sérias razões para temer a extinção da diversidade de sexo, se os pais pudessem escolher o sexo masculino ao invés do feminino?

Ao menos em países com sérios problemas de ordem econômica e cultural, não seria plausível imaginar uma comunidade inteiramente dominada por homens. Além disso, seria preciso levar em consideração, a título de avaliação dos impactos para a diversidade genética, se os pais recorreriam à reprodução assistida apenas para escolher o sexo ou para selecionar outra característica de base genética, mesmo na ausência de problemas de infertilidade ou de histórico familiar de doenças graves ou fatais. Nesse aspecto, a menos que pressuposto o risco de generalização e a ampliação da prática da seleção genética em larga escala, concorda-se

com Dworkin de que o argumento de afetação da diversidade é um argumento débil para restringir as práticas de seleção genética.

Embora esse também seja outro ponto rico em complexidades²³⁵, não se poderia retirar do legislador sua competência para estabelecendo juízos de prognose, avaliação de riscos e benefícios, realizando ponderações, fixar marcos limítrofe entre a seleção genética embrionária e os riscos de sua prática afetar a diversidade genética no país.

A nosso ver, os efeitos mais marcantes da seleção genética não seriam seus impactos duvidosos sobre a diversidade genética entre as pessoas ou sobre o questionável direito ao genoma não manipulado, mas as suas consequências para a construção da identidade pessoal²³⁶ do futuro indivíduo. Habermas fez importantes considerações sobre esse aspecto. Quais os impactos que a consciência de ter seu programa genético selecionado pelos pais teriam sobre os seres em crescimento? “Quem pode saber se a ciência do fato de que outra pessoa projetou o *design* para a composição do meu genoma deva ter alguma importância para a minha vida?” (HABERMAS, 2002, p.75).

Dramas existenciais não estariam descartados principalmente tendo em vista que ao selecionar o programa genético, futuros pais o fazem com determinadas expectativas ou intenções “que mais tarde se converterão em expectativas em relação filho, sem, contudo, conceder ao seu destinatário, o filho, a possibilidade de uma reconsideração.” (HABERMAS, 2002, p.71). Nas situações em que o filho se rebelasse contra o programa geneticamente selecionado, as oportunidades para o processo de autorevisão crítica, para responder ou contestar as expectativas paternas e maternas seriam muito mais escassas – haja vista as limitações para alterar os reflexos que o patrimônio genético de uma pessoa pode ter produzido no seu fenótipo ou no seu comportamento²³⁷ –, diversamente do que sucede até

²³⁵ Como o próprio Dworkin (2009) levanta a questão: será que a diversidade é sempre um valor a ser preservado? Não seria necessário aceitar que certa uniformidade é desejável e incontestável: concordamos que ninguém gostaria de ter uma vida fracassada ou breve. Questionando o fato de a diversidade ser um valor absoluto a ser defendido em todas as situações, inclusive quando ela pode trazer prejuízos à qualidade de vida de indivíduos concretos, conferir Wasserman e Asch (2012) e Sparrow (2015).

²³⁶ Não havendo, portanto, que confundir identidade genética com identidade pessoal, sendo esta muito mais ampla, configurada em meio a fatores ambientais de diversas ordens, sejam familiares, sociais, culturais, morais e religiosos. Como escrevíamos em outro momento: “Na verdade, a identidade genética consiste na singularização biológica do indivíduo, responsável pela designação de alguns traços fenotípicos (cor da pele, cor dos olhos, estatura etc), pela influência maior ou menor na determinação de estados de saúde e ainda, em alguns casos, pela colaboração - juntamente com fatores ambientais – na definição de alguns comportamentos. Embora identidade genética e identidade pessoal não se confundam, é inevitável a intrínseca relação entre ambas. O conhecimento das informações genéticas pode configurar a identidade pessoal do indivíduo, como saber sobre sua origem biológica e suas condições de saúde. Inclusive, a utilização inadequada e o conhecimento desautorizado desses dados por terceiros poderá repercutir na forma como a pessoa interage socialmente, afetando a afirmação de sua identidade no espaço coletivo.”(ECAHIZ-ESPINOZA, 2016).

²³⁷ Nesse sentido, a própria Declaração Internacional sobre Dados Genéticos, elaborada pela UNESCO em 2003, dispõe em seu artigo 3º: “Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode

certo ponto com as visões de mundo e as práticas socializantes herdadas durante o processo de educação familiar, cuja chance de revisão, questionamento e superação permanece sempre em aberto.

As observações de Habermas chamam a atenção para um dos elementos que constitui o centro das discussões modernas sobre o valor da identidade pessoal: o “compreender-se livremente como autor único de sua própria vida”. Isso não significa que a construção da identidade pessoal não incorpore o elemento histórico ou relacional – em que a definição existencial do indivíduo se dá a partir do contexto familiar, social, religioso e cultural em que ele está inserido (TEIXEIRA e MOREIRA, 2011) – mas revela que ela também alcança esse outro elemento, dinâmico, não histórico, pelo qual a pessoa, embora ainda inserida numa teia de relações e interações com outros, autodefine e autoafirma sua própria identidade de forma livre. Como também enfatiza Taylor (2010, p. 37), “há certo modo de ser humano que é o meu modo. Sou convocado a viver deste modo e não imitando o de outro alguém”²³⁸.

Até que ponto, o saber e o sentir que fora escolhido, programado geneticamente com determinadas expectativas e intenções, poderá afetar essa percepção do indivíduo moderno como autor de sua própria história e qual seria a consequência dessa afetação, ainda não está demonstrado²³⁹. Mas a presença de riscos, não completamente afastados, à construção da identidade da futura criança que pronto se desenvolverá e ainda na adolescência terá que lidar e conviver com o conhecimento do processo de seleção embrionária, em um mundo que valoriza o elemento individual na construção da identidade das pessoas, poderia levar o legislador democrático a interferir restritivamente na utilização das práticas seletivas, notadamente naquelas modalidades de seleção genética cujo objetivo não é evitar a transmissão de doenças graves, onde o elemento “modelador” presente na vontade dos futuros pais e tendente a afetar a história ou o projeto de vida do futuro filho, estaria visível.

A seleção genética embrionária enfrenta ainda objeções relativas aos deveres estatais de proteção da igualdade e da vedação de discriminação. Tendo em vista os custos elevados

reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”.

²³⁸ Taylor (2010) ressalta ainda o grande potencial moderno do valor da identidade pessoal, enfatizando a importância do elemento subjetivo, da autopercepção individual de que, como seres originais, articulamos pessoalmente nossa própria identidade: “cada uma de nossas vozes tem algo exclusivo a dizer. Não apenas não devo encaixar minha vida às demandas de conformidade externa; não posso sequer encontrar o modelo pelo qual viver fora de mim mesmo. Apenas posso encontrá-lo dentro de mim. Ser fiel a mim significa ser fiel a minha própria originalidade. Ao articular isso eu também me defino.” (TAYLOR, 2010, p. 39)

²³⁹ Na verdade não seria desarrazoado supor que as pessoas pudessem reagir, após tomarem conhecimento de que foram configuradas geneticamente pelos futuros pais com um movimento indiferente de ombros e a pergunta “e daí?”, como adverte Habermas, o problema é que essa reação também não está demonstrada, permanecendo o risco de séria afetação à identidade pessoal da forma em que ela é ainda valorizada na sociedade contemporânea.

dos procedimentos de reprodução assistida, bem como dos testes genéticos, o recurso à seleção genética não acabaria beneficiando apenas uma elite da população, a qual podendo pagar pelos serviços, gerariam, por sua vez, crianças mais saudáveis, mais inteligentes e com maiores oportunidades de êxito e sucesso, provocando, assim, ainda mais desigualdades sociais? A abertura para os testes genéticos também não facilitaria a disseminação de um novo tipo de discriminação, a de base genética, à semelhança do cenário retratado pela ficção científica no filme *GATACA*, onde a população se encontraria dividida entre válidos e inválidos?

A despeito das previsões catastróficas relatadas acima, especialmente tendo em vista que algumas aplicações do DGPI não estão disponíveis tecnicamente (como as possibilidades de seleção a favor de uma maior inteligência ou memória), o incremento de novos tipos de desigualdades sociais em consequência da ampliação e generalização da seleção genética embrionária é real.

Para Dworkin, se as tecnologias de reprodução, envolvidas aí, as técnicas de seleção genética, provocarem impactos na distribuição, acesso e fruição de bens sociais (como nas hipóteses acima dos mais ricos apenas serem beneficiados), o problema deveria ser resolvido sob a ótica dos deveres de promoção de bem estar do Estado, ou seja, deveria ser visto, como uma questão de justiça: a sociedade deve se ajustar a garantir que todos possam ter acesso a tais tecnologias e não poribí-las porque somente os ricos podem utilizá-las (DWORKIN, 2009).

Se parece razoável refletir sobre se o papel do Estado e do Direito no acesso e na redistribuição dos benefícios trazidos pelo biotecnociência (CASABONA, 2012), o problema não é tão simples como Dworkin parece sugerir. Primeiro, porque como procedimento de alto custo e, sobretudo, para os casos não relativos à prevenção de doenças graves, resultaria muito difícil imaginar o acesso da seleção genética embrionária à população de forma geral. Basta lembrar que no Brasil, como vimos, o recurso à reprodução assistida as pessoas inférteis nem mesmo está incluído entre os procedimentos de cobertura obrigatória pelo Sistema Único de Saúde.

Em segundo lugar, deve-se levar em consideração que os impactos do acesso à seleção genética embrionária estão relacionados não apenas com a possível produção de mais desigualdades sociais entre ricos e pobres, mas também aos riscos de incremento e reforço de práticas discriminatórias socialmente existentes que há muito tempo os Estados Constitucionais Democráticos tentam combater. Ao possibilitar a escolha de futuros indivíduos com base em determinados atributos que, ao longo da história, configuraram

critérios de distinções arbitrárias entre pessoas, tais como sexo, cor, raça, orientação sexual, a seleção genética embrionária acaba reavivando os temores contra a “antiga” eugenia²⁴⁰ e alertando sobre os riscos atuais da neoeugenia (CASABONA, 1999)²⁴¹ e da eugenia liberal (HABERMAS, 2004).

Como já advertia Casabona (1999), o fato de que o movimento eugênico das primeiras décadas do século passado tenha conseguido, em nome do melhoramento da raça, do bem estar da espécie e da higienização social, lotar bibliotecas com seus princípios, mover parlamentares democráticos a elaborar leis coercitivas sobre planejamento familiar e reprodução e influenciar decisões judiciais, resultando em profundas violações à integridade física e moral de muitas pessoas, consiste em um alerta para que se avalie e considere como os avanços da genética e da medicina reprodutiva na atualidade podem contribuir para consolidar práticas eugênicas e ativar alguns de seus antigos efeitos em nossos dias.

A despeito das diferenças e da intolerância que o movimento eugênico tradicional provoca até os dias de hoje – especialmente por sua incorporação explícita à política e ao direito, pelos meios coercitivos empregados, assim como pelas consequências nefastas produzidas em seu nome durante o regime nazi-fascista – podemos afirmar na esteira de Casabona (1999) e de Añon (2012), que existem linhas de continuidade com alguns movimentos atuais que defendem o uso das biotecnologias seja para garantir o nascimento da

²⁴⁰ Conjunto de recursos, sobretudo, sociais, disponíveis para reforçar o melhoramento das qualidades raciais, físicas ou mentais da descendência, que foram implementados por medidas estatais muitas vezes coercitivas sob a justificativa de se buscar o aperfeiçoamento biológico da espécie humana. O movimento eugênico tradicional teve seu auge nas primeiras décadas do século XIX e não se manteve apenas no campo teórico, “*sino que promovió una intensa acción legislativa em algunos países e impregnó ideologicamente algunas decisiones jurisprudenciales, principalmente em los Estados Unidos de América, donde um influyente conjunto de intelectuales y políticos estava preocupado com el deterioro de la ‘calidad’ biológica de la población, frente al cual debía prevalecer el interés de la especie. Este movimiento se vio favorecido por vários factores, como el rechazo social a ciertos sectores de la población, marginales y delincuentes y la importante inmigración que estava experimentando el país desde hacia algunas décadas.*” (CASABONA, 1999, p.7). O termo eugenia também comporta comumente a distinção entre eugenia positiva (recursos que visam a transmissão de características desejadas socialmente – estímulo ao casamento entre determinadas pessoas) e a eugenia negativa (recursos que pretendem evitar a transmissão de traços indesejados – como a proibição de casamento entre determinadas pessoas, podendo chegar em alguns casos a resultar em esterilização, aborto ou infanticídio compulsório ou mesmo – em suas consequências mais graves, tal como o sucedido durante o regime nazi-fascista - na “eliminação” de determinadas grupos ou “raças inferiores” de pessoas.

²⁴¹ A neoeugenia como afirma Casabona, seria uma versão moderna da eugenia tradicional, confundindo-se com as tentativas contemporâneas de implantar o dever de garantir uma descendência sã, utilizando-se inclusive dos avanços da biotecnologia, que potencializam o recurso à eugenia positiva. A neoeugenia aparece vinculada, diversamente da tradicional, ao incremento do bem estar individual dos futuros seres, sendo uma questão tratada sobretudo sobre o nível da saúde e no âmbito médico e não estatal. Contudo, pelos apelos à responsabilidade parental ou coletiva, a neoeugenia pode resultar em efeitos coercitivos ainda que menos intensos dos que os gerados pela eugenia tradicional, mais igualmente violadores da dignidade das pessoas, como as legislações restritivas de alguns países como a China e o Chipre citados pelo autor, que impõe a obrigatoriedade de testes nupciais, testes pré-natais e pré-implantatários para o caso de pessoas ou casais que apresentem risco genético. (CASABONA, 1999).

descendência saudável, seja para assegurar o melhoramento de suas capacidades (biológicas, físicas, intelectuais e psicológicas).

A primeira semelhança aparece integrada às propostas que defendem a utilização compulsória das novas tecnologias reprodutivas em apelo à responsabilidade coletiva, à paternidade responsável ou ainda à garantia do bem estar da descendência futura, cujos efeitos, em alguns ordenamentos, já resultaram na adoção de medidas estatais coercitivas que impõe a realização de testes genéticos pré-nupciais e pré-natais no caso de risco ou suspeita de enfermidade grave a ser transmitida à descendência. Como se viu, o modelo de paternidade proposto por Savulescu e o modelo preventivo tendem a gerar, se transformados em deveres jurídicos, efeitos semelhantes, impulsionando o que Casabona denominou de neoeugenia, cujo ponto em comum com a eugenia do início do século XIX seria a coerção.

Entretanto, a maior parte das propostas que defendem o uso das tecnologias reprodutivas para assegurar a qualidade de vida dos descendentes ou o incremento de suas capacidades o faz sob o ponto de vista da liberdade das pessoas, rejeitando as intromissões estatais e os apelos à responsabilidade coletiva ou bem estar da espécie ou da futura criança, distanciando-se das consequências indigestas da eugenia “antiga”, sem, no entanto, rejeitar os efeitos de uma eugenia liberal²⁴².

Na verdade, embora o termo eugenia tenha se associado às medidas de intensa violação dos direitos humanos praticadas durante o regime nazista e por isso tenha assumido uma conotação pejorativa, se compreendida como “*os procedimientos capaces de mejorar la especie humana*” e, conseqüentemente, como a busca pela melhora das condições de vida do ser humano (CASABONA, 1999), não há como negar que certa tendência eugênica sempre esteve presente na história da humanidade (CASABONA, 1999; 2012), manifestando-se em nossos dias inclusive em discursos em prol do melhoramento humano e das liberdades reprodutivas para maximar o bem estar da descendência. Nesse sentido, admite-se com Año (2012, p. 50) que “*no todas las prácticas eugenésicas son negativas o incorrectas sólo por el hecho de ser prácticas eugenésicas*”, a maldade de determinadas práticas eugênicas estão associadas aos os meios pelas quais ela é implementada, por quem é realizada e por quais objetivos ela visa alcançar. Dessa forma, a coerção estatal realizada em nome de propósitos ideológicos, racistas, discriminatórios e coletivos, característica da “antiga” eugenia é o que a torna inaceitável.

²⁴² Distanciando-se da eugenia tradicional ou mesmo da neoeugenia, a eugenia liberal defende a liberdade dos pais para realizarem procedimentos de melhoras que visem potencializar suas capacidades físicas ou mentais, em outras palavras, defende a “liberdade para evoluir” (FENTON, 2006).

Existe, porém, mesmo nos movimentos defensores da liberdade das pessoas para fazerem uso da biotecnologia em busca do melhoramento humano, uma segunda linha de continuidade entre práticas eugênicas atuais e antigas que pode resvalar em efeitos tão nefastos como os provocados pela antiga eugenia. Apesar de a liberdade estar no centro desses discursos e ser aceitável em princípio como justificativa para buscar a melhora para si mesmo, como adverte Añon (2012, p. 53), quando se coloca a questão das intervenções nos outros, tal como o uso da seleção genética para escolher determinados atributos do futuro filho, ela deixa de ser um critério legitimador, já que os planos que estabelecem não são para mim, mas para os outros, além do que *“una persona dotada de poder sobre outra (aunque presupongamos que en general busca lo mejor para ella) puede resultar tanto o más invasora y opressiva que el estado.”*

Outro ponto de semelhança que demonstra a continuidade entre o pensamento eugênico tradicional e o contemporâneo se relaciona com os propósitos ou finalidades das práticas atuais: a intervenção que visa melhorar a qualidade de vida e maximar as capacidades dos indivíduos pode ter feitos discriminatórios. Os conceitos de qualidade de vida e de melhoramento assumem um enraizamento social ou uma normalização comunitária que dificilmente podem ser afastados do contexto social vigente. Assim, uma incapacidade física ou mental pode ser vista como uma deficiência e ser avaliada de forma negativa dependendo da realidade cultural daquela sociedade, das políticas públicas existentes e da inserção ou exclusão dessas pessoas na vida em comum (AÑON, 2012).

Da mesma forma, uma “melhora” nas condições de vida dos indivíduos em contextos sociais específicos pode incluir as chances de obter maior aceitação e êxito no contexto de sociedade opressoras. A seleção genética embrionária ou aborto seletivo, a favor ou contra determinado sexo, determinado fenótipo ou contra determinada incapacidade física ou mental poderá ser vista, por exemplo, em sociedades sexistas e racistas, como uma intervenção de “melhora”, ou seja, como uma forma de superação de situações discriminatórias já existentes. O problema é que tal critério de “melhoramento” é moralmente bastante questionável, já que em contextos sócio-culturais onde vigorem práticas discriminatórias de gênero, de raça, ou mesmo contra pessoas com deficiências, a seleção embrionária pode reforçar tais práticas e dificultar o combate aos mecanismos já existentes de discriminação (AÑON, 2012).

Embora se possa argumentar que em sociedades cuja cultura e estruturas políticas mantenham um ambiente social favorável e solidário ao desenvolvimento e realização dessas pessoas, seja mais difícil inferir que a seleção genética embrionária venha a reforçar tais práticas discriminatórias (Dworkin, 2009), não há como negar que os critérios utilizados para

a seleção – sexo, raça, incapacidade física ou mental, ou mesmo orientação sexual²⁴³ – são critérios odiosos historicamente utilizados para inferiorizar grupos de pessoas e frequentemente imputados pelas ordens jurídicas democráticas como critérios arbitrários para realizar distinções entre os indivíduos.

A nosso ver, nesses casos, e mesmo diante da inexistência de discriminação contra pessoas concretas, o dever geral de vedação de discriminação subsiste de forma objetiva e uma restrição a essas modalidades de seleção poderia ser implementada pelo legislador nacional com base no dever estatal de combater todas as formas de discriminação constante no artigo 3º da Constituição Brasileira²⁴⁴.

Com a análise de todos os argumentos normativos levantados nesse tópico, demonstrou-se que a prática da seleção genética embrionária repercute em diversas normas do sistema jurídico brasileiro, gerando inúmeros questionamentos sobre sua aceitabilidade enquanto expressão da liberdade reprodutiva. Ainda que tomados em sua expressão objetiva, o direito à vida, ao patrimônio genético, à identidade pessoal da futura criança, assim como o direito à igualdade e a vedação de discriminação configuram deveres de proteção estatal em nome dos quais algumas modalidades de seleção genética podem ser proibidas.

De um modo geral, a nossa análise identificou que tais deveres de proteção atuam mais fortemente em relação às modalidades perfeccionistas, sociais e preferenciais da seleção genética embrionária, consistindo, em sua maioria, em fortes argumentos a favor da proibição de tais modalidades.

As mesmas consequências não puderam, entretanto, ser atribuídas completamente à seleção genética com o fim de evitar a transmissão de doenças à futura prole, contra a qual nem mesmo o direito à vida na dimensão analisada impôs sua vedação absoluta. A complexidade, porém, das espécies de seleção para tais fins, que envolve a seleção para evitar doenças monogênicas graves de manifestação precoce, as de manifestação tardia, as doenças multifatoriais, doenças genéticas curáveis, a seleção com finalidade terapêutica para terceiro

²⁴³ Apesar de polêmica, cite-se, por exemplo, o caso referido por Côrrea (2002) da “descoberta” do gene *gay* pelo cientista Dean Hamer, em 1994, que suscitou discussões acerca da seleção de embriões na reprodução assistida com o fim de se evitar a homossexualidade.

²⁴⁴ Independente do fato de existir uma pessoa em concreto sendo discriminada pela realização da seleção genética embrionária assume importância aqui a dimensão objetiva do princípio da vedação de discriminação, a qual impor a obrigação estatal de combater práticas que envolvam a utilização de critérios ao longo da história reputados como discriminatórios. Nesse mesmo sentido, Añon (2012, p.65): “[...] *aún admitiendo que no existe una discriminación concreta, sí que existe la utilización de un criterio discriminatorio de selección. Las razones para ello se basean en la proscripción con carácter general de criterios odiosos de selección, criterios que en general se excluyen por cuanto se supone discriminatorios y por cuanto se entiende que su existencia y su generalización contribuiría a la negación de la igual dignidad de las personas con independencia de características genéticas o biológicas.*”

(casos de embriões HLA compatíveis com o irmão doente) ou ainda a possibilidade de seleção contra fatores físicos ou mentais incapacitantes, impede que a esta altura se possa formular juízos conclusivos sobre a sua licitude, principalmente tendo em vista os riscos, dentre outros ainda não analisados, de uma disseminação pelas vias da seleção por tais motivos, de práticas eugênicas discriminatórias.

Um caminho a ser trilhado para a justificação jurídica de algumas modalidades da seleção embrionária pré-implantacional deve ser buscado na própria fundamentação normativa do direito à liberdade reprodutiva. Como visto nesse capítulo, a liberdade reprodutiva não pode ser compreendida apenas sob a perspectiva liberal, como uma espécie de direito subjetivo de disposição da futura criança conforme a livre vontade dos futuros pais. A contextualização normativa desse direito à luz do ordenamento jurídico brasileiro revelou que a liberdade reprodutiva só pode ser compreendida sob uma perspectiva relacional, pela qual aquele que decide pela procriação decide também pela paternidade e pela maternidade de uma futura criança – o que delimita o próprio conteúdo desse direito – e ao mesmo tempo, sob uma perspectiva comunitária, pela qual a convivência como diversos outros valores em forma de normas jurídicas poderá exigir restrições em seu exercício.

São perspectivas que, por outro lado, não têm o condão de afastar a importância que a liberdade de tomar decisões reprodutivas assume na vida das pessoas, podendo mesmo se afirmar que a liberdade reprodutiva está profundamente associada ao próprio desenvolvimento da personalidade dos futuros pais: cada um deve ser livre para escolher e estabelecer uma vida de relações, envolvida aí a decisão pela descendência biológica.

Essa visão integradora da liberdade reprodutiva permite delimitar seu âmbito normativo em função dos deveres relacionados com a procriação e evidenciar os possíveis condicionamentos de seu exercício em razão de outros bens ou direitos fundamentais. Desse modo, poder-se-ia conceber o direito de liberdade reprodutiva como a liberdade *prima face* de tomar decisões reprodutivas que respeitem as exigências da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cujo exercício, assegurado como posição jurídica pelo ordenamento, deve estar em harmonia com outras normas de direitos fundamentais que eventualmente entrem em rota de colisão.

Como uma compreensão do direito à liberdade reprodutiva que considera esses três elementos – a dimensão individual de elemento configurador do livre desenvolvimento da personalidade dos futuros pais, a dimensão relacional de respeito aos interesses e à personalidade da futura criança que se trará ao mundo e a dimensão comunitária, de limitação segundo valores socialmente fixados em normas jurídicas – pode contribuir para a

defesa/condenação, aceitação/rechazo e licitude/ilicitude da seleção embrionária é o que se pretende demonstrar no próximo capítulo.

2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA E SELEÇÃO EMBRIONÁRIA PRÉ-IMPLANTACIONAL: UMA PROPOSTA A PARTIR DO CONTEXTO RELACIONAL E COMUNITÁRIO DA LIBERDADE REPRODUTIVA

De lors que l'on veut pas choisir le 'tout' ou le 'rien', il faut bien mettre la limite quelque part, tracer la ligne du permis et de l'interdit, du licite et de l'illicite. La limite posée par le droit pourrait souvent être fixée un peu avant ou un peu après; elle ne pas pourtant arbitraire, car s'il y a une marge possible, la limite ne pourrait pas se trouver radicalement ailleurs.
(FABRE-MAGNAN, 2004, p.198)

O direito de liberdade reprodutiva pode consistir em fundamento jurídico para a garantia e proteção da decisão dos futuros pais de realizarem a seleção embrionária pré-implantacional no país? Da mesma forma que no capítulo primeiro se afastou – por desconsideração das implicações complexas entre riscos e benefícios dos resultados trazidos pela biotecnociência, dos quais a seleção embrionária pré-implantacional é um exemplo – a forma binária de enfrentamento jurídico da questão em termos de “totalmente proibido” ou “totalmente permitido”, a busca por respostas à extensão ou não da liberdade reprodutiva à proteção das práticas de seleção embrionária deverá incluir juízos complexos de inclusão e exclusão à luz dos elementos já desenvolvidos nos capítulos anteriores.

Se não se trata de um caso fácil incluir as práticas de seleção como extensão do conteúdo do direito à liberdade reprodutiva, também não o é excluí-la da mesma proteção. Se a liberdade reprodutiva for concebida genericamente como a liberdade para decidir reproduzir-se ou não, sob o ponto de vista biológico, como ampliar seu conteúdo para a liberdade para escolher o perfil genético dos futuros filhos? Por outro lado, se a decisão pela procriação requer juízos de consideração, bem estar e cuidado para com a futura criança, como não assegurar aos futuros pais a liberdade para decidirem sobre o recurso da seleção embrionária a fim de evitar a transmissão de doenças graves e ainda sem cura à sua futura prole?

Como se sabe, entretanto, o avanço técnico e a disponibilidade cada vez mais ampla dos instrumentos que proporcionam a seleção embrionária, abrem um leque de aplicações que ultrapassam os objetivos da prevenção de doenças graves. Nesse contexto, qualquer proposta a ser formulada sobre a licitude ou ilicitude das práticas seletivas, e muito mais sua justificação como uma posição juridicamente protegida por uma norma de direito

fundamental, não poderá se eximir de analisar suas finalidades, principalmente em razão dos poderes de disposição que as práticas seletivas conferem aos futuros pais sobre seus futuros filhos.

No capítulo anterior, demonstrou-se que tanto a figura dos deveres reprodutivos constante no enunciado do texto constitucional, quais sejam o dever de proteção da dignidade da pessoa humana e o dever da paternidade responsável (nos sentidos que lhes foram atribuídos), como a contextualização normativa em face de outras normas constitucionais sinalizam vias para a construção de barreiras jurídicas às modalidades de seleção embrionária por motivos perfeccionistas, sociais ou apenas preferenciais.

Neste capítulo, um dos objetivos principais será demonstrar porque tais práticas seletivas deveriam ser excluídas do alcance da liberdade reprodutiva e, ao mesmo tempo, justificar porque a seleção com finalidade de evitar a transmissão de doenças graves deveria ser incluída, ao menos como posição *prima facie* a ser garantida, utilizando-se principalmente os elementos de compreensão do direito à liberdade reprodutiva (dimensão pessoal, relacional e comunitária) identificados no capítulo anterior.

Para avançar nesse caminho, propõe-se inicialmente uma delimitação do âmbito de proteção da liberdade reprodutiva pelo critério da exclusão: quais práticas seletivas, por meio da interpretação abstrata do parágrafo sétimo do art. 226 da Constituição Federal não poderiam ser admitidas ao se adotar as concepções de proteção da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável traçadas no capítulo terceiro.

No segundo momento, o percurso será o inverso: quais modalidades de seleção genética, não excluídas preliminarmente do conteúdo da liberdade reprodutiva conforme a interpretação fixada, deverão ser de forma justificada incluídas em sua proteção. A inclusão de determinadas modalidades de seleção genética no âmbito protegido da liberdade reprodutiva, em face de sua estrutura principiológica, não assegura, contudo, qualquer posição definitiva a ser exigida em face do Estado, o que torna necessário também uma avaliação da complexa problemática em torno da seleção com fins de evitar a transmissão de doenças genéticas e o possível confronto com outros direitos e interesses jurídicos opostos que eventualmente configurem fatores legítimos para se estabelecerem restrições ao âmbito protegido da liberdade reprodutiva associado à seleção embrionária.

Pelas incertezas que suscitam, pela rapidez tecnológica com que se desenvolvem e pela inevitável existência de zonas limítrofes ou ‘nebulosas’ onde as aplicações da seleção embrionária com vista a prevenir a transmissão de doenças graves podem se confundir com os objetivos de melhora global do estado de saúde da futura prole, a conclusão a favor da licitude

e da proteção da seleção genética embrionária como posição jurídica a ser garantida pela liberdade reprodutiva, não é incompatível com procedimentos regulatórios fixados pelo legislador notadamente daqueles cujo objetivo seria a inclusão e a participação de diversos atores e interessados nos processos decisórios de autorização, avaliação e fiscalização das práticas seletivas, seja em forma de comitês nacionais e regionais de ética reprodutiva ou até mesmo na implementação de mecanismos de consulta popular que condicione a atuação destes, promovendo à adequação entre a atuação dos órgãos oficiais e os interesses e necessidades da população, em especial com relação às inovações controversas.

Assim, a análise de alguns modelos de regulamentação jurídica no direito comparado acerca das práticas seletivas embrionárias no momento pré-implantacional pode fornecer elementos para a adoção de um modelo regulatório no país e subsidiar argumentos para o debate e para a crítica do modelo deontológico vigente na atualidade.

2.1 Seleção embrionária pré-implantacional por motivos perfeccionistas, sociais ou preferenciais: proposta de exclusão do âmbito protegido pela liberdade reprodutiva

Neste tópico, estão referidas todas as práticas de seleção embrionária pré-implantacional cujo objetivo não seja o de simplesmente gerar descendência, ou de evitar a transmissão de doenças à futura descendência ou ainda de proporcionar tratamento à prole atual²⁴⁵. Neste grupo se incluiriam as práticas seletivas por motivos perfeccionistas – aquelas voltadas para o incremento e melhora nas capacidades físicas, cognitivas e comportamentais (CASABONA, 2012) – a seleção por motivos sociais – (seleção de sexo, cor, orientação sexual em razão de padrões discriminatórios estabelecidos em determinadas sociedades) e ainda as práticas seletivas que apenas revelam as preferências dos futuros pais quanto ao fenótipo dos futuros filhos (tais como cor dos olhos, altura, peso, sexo).

À primeira vista, a inclusão de todas essas espécies de seleção neste tópico, poderia causar certa perplexidade, já que como analisado no capítulo primeiro, apenas a seleção de sexo se encontra disponível por meio do DGPI e boa parte dos exemplos citados acima, notadamente a seleção para fins de “*enhancement*”, como incremento da memória, da inteligência e de habilidades físicas ainda são uma incógnita científica sob o ponto de vista da identificação, da quantificação e da contribuição dos elementos genéticos, ambientais e

²⁴⁵ Como exemplo deste último, cita-se a seleção de embriões HLA (*Human Leukocyte Antigen*- o denominado complexo de antígenos leucocitários humano que determina o funcionamento adequado do sistema imunológico) compatíveis com o irmão doente (doenças auto-imunes, infecciosas até mesmo certos tipos de câncer como a leucemia) para fins de tratamento com células tronco-embrionárias do cordão umbilical logo após o nascimento da criança.

mesmo epigenéticos²⁴⁶ que influenciarão no desenvolvimento dessas características (GRIFFITHS *et. al.*, 2013). Por que, então, abordar a relação da liberdade reprodutiva com todas essas modalidades de seleção (hipotéticas ou especulativas) ao invés de fazer referência apenas à seleção de sexo?

A primeira razão se deve ao fato de se encontrar na literatura jurídica (ainda que alienígena) a defesa de um direito de liberdade reprodutiva que alcançaria a liberdade para escolher o tipo de filho que se gostaria de ter (BUCHANAN *et. al.*, 2009; BARUCH, 2008), legitimando a utilização ampla de tecnologias de seleção embrionária (atuais e futuras) por parte dos futuros pais, os quais, conforme suas concepções de vida boa, seus planos de vida e crenças, desejem utilizar os recursos disponíveis para perseguir a melhor vida possível para seus futuros filhos. Propostas de acesso às tecnologias futuras (incluindo também as manipulações genéticas embrionárias) como integrante da liberdade reprodutiva acabam contribuindo para a criação de um discurso legitimador em prol do seu desenvolvimento biotecnocientífico, o que aliado à velocidade da produção do conhecimento e do incremento da técnica nessa seara, sinalizam, com bem alertam Bayefsky e Jennings (2015), para novas descobertas e aplicações do DGPI nas próximas décadas.

Outro motivo para se incluir a abordagem dessas modalidades neste tópico é que se existem fundamentos jurídicos para excluir do conteúdo da liberdade reprodutiva²⁴⁷ a seleção de sexo, seja por motivos sociais e apenas por preferência dos futuros pais, elas também serão aplicáveis às demais práticas seletivas desse grupo devido aos impactos semelhantes que provocam em certas normas do nosso sistema jurídico. Por fim, a última razão para se fazer referências à (in) admissibilidade jurídica de hipotéticas modalidades seletivas, não é outra senão aquela compartilhada por Habermas (2004): é melhor ter princípios para situações consideradas ainda impossíveis do que não ter nenhum quando essas situações repentinamente se sucederem.

Outra questão ainda preliminar passível de suscitar indagações quanto a nossa abordagem das práticas seletivas neste tópico (e também no seguinte) se refere ao critério norteador utilizado no trabalho para agrupar as práticas seletivas nesses dois tópicos conferindo-lhes tratamento jurídico diferenciado.

²⁴⁶ São as alterações hereditárias (de natureza química e não genética) que afetam apenas as funções dos genes, sem que haja alteração na sequência de DNA ou uma mutação visível (p. 88). Tais alterações ocorrem desde o processo de geração de óvulos e espermatozoides e se manifestarão ao longo do desenvolvimento do embrião, podendo gerar o silenciamento de alguns genes, alterando sua função original (NIGMS, 2010; GRIFFITHS *et. al.*, 2013).

²⁴⁷ Ou mesmo para sua restrição como se desenvolverá a seguir.

Afastando-se das dicotomias já mencionadas e bastante utilizadas por alguns autores inclusive para justificar a licitude e a ilicitude das modalidades de seleção embrionária, tais como modalidades “terapêuticas/não terapêuticas” (CIRIÓN, 2015), “médicas/não médicas” ou mesmo da indicação do critério patológico proposto por Faber-Magnan (2004) para determinar a permissibilidade jurídica da seleção embrionária pré e pós-implantacional²⁴⁸, a proposta para agrupar e desagrupar as práticas seletivas embrionárias fora estruturada a partir das reflexões trazidas por Año (2012) sobre as intervenções tecnológicas de melhora nos seres humanos.

Para o autor, a causa de toda a angústia e perplexidade moral (antes mesmo de jurídica) provocada pelos avanços da biotecnociência não tem relação apenas com as transformações radicais que ela pode vir a provocar, ou seja:

[...] *“con la posibilidad de introducir câmbios inéditos em los cuerpos, mentes o funcionamentos humanos. No tiene sólo que ver con cual es lo resultado de las intervenciones, sino tambien com el poder de de decison que estas intervenciones ponen en nuestras manos”* (AÑO, 2012, p.37, grifo nosso).

Tanto é assim que a possibilidade de escolher ter filhos do sexo masculino, heterossexuais, menos agressivos ou mais agressivos, embora não tenha como efeito o desenvolvimento de características, fenótipos ou habilidades inéditas para a raça humana, impressiona pelo poder posto à disposição de futuros pais para de certa forma configurar o futuro e o espectro de escolhas vitais dos futuros filhos (AÑO, 2012). Nesse sentido, o grau de poder conferido pelas técnicas de seleção genética embrionária a futuros pais para disporem sobre as características de futuras crianças, particularizando-as ao invés de promover o respeito por sua singularidade como futuras pessoas, revela-se como um critério mais adequado à nossa análise para agrupar e separar as diversas modalidades de seleção discutidas e relacioná-las com a liberdade reprodutiva.

Como visto no capítulo anterior, uma interpretação razoável do princípio da dignidade da pessoa humana aplicado à liberdade reprodutiva em sua feição objetiva, seria a exigência de proteção estatal da humanidade intrínseca de futuras crianças, mesmo que elas

²⁴⁸ Com isso, não se está sugerindo que não haja relevância política em se traçar uma diferença entre terapia e melhora, principalmente para fins de inclusão de determinadas prestações nos sistemas de saúde público ou privado, apenas compartilhamos com Año (2012) a ideia de que é muito difícil se estabelecer um critério moral de distinção entre os dois que justifique a aceitação de um e a reprovação de outro. Consequentemente, para fins de caracterização de lícito ou ilícito em relação à seleção embrionária, a simples distinção entre terapia, finalidade médica ou melhoramento e finalidade não médica não é capaz de dar conta da complexidade das práticas seletivas as quais muitas vezes nem ao menos podem se enquadrar no conceito de terapêutica ou de cura, já que a seleção na generalidade dos casos não visa o tratamento, mas impedir que o embrião portador de anomalias ou de doenças genéticas seja implantado.

ainda nem existam²⁴⁹. Futuras crianças devem ser valorizadas como uma classe de futuras pessoas, proteger-lhes a humanidade intrínseca é exigir respeito por sua singularidade e ao mesmo tempo impedir que futuros pais possam dispor delas como se fossem bens ou produtos, atribuindo-lhes características particulares antes mesmo do nascimento.

Uma concepção abrangente da liberdade reprodutiva a ponto de alcançar um suposto direito de escolher qual tipo de filho se gostaria de ter – abrindo o caminho para a seleção perfeccionista, social ou preferencial – representaria a concessão de amplos poderes de disposição por parte dos futuros pais sobre os futuros filhos semelhantes a poderes proprietários, o que significaria tratar a classe de futuras crianças, na lição de Dillard (2010), como bens ou produtos.

Como já frisado, a decisão pela procriação é também uma decisão pela paternidade/maternidade, e mais do que expressão de desejos e vontade dos futuros pais em relação à descendência, envolve obrigações para com os futuros filhos mesmo que eles ainda não existam. O componente relacional presente na decisão pela reprodução – os deveres dos futuros pais em relação às futuras crianças, notadamente o dever de respeito e de proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças – consiste em um elemento delimitador da liberdade reprodutiva. Assim, se os poderes conferidos pelas práticas seletivas incluídas nesse grupo são tão intensos que afetam o dever de respeito pela humanidade intrínseca das futuras crianças, não se poderia afirmar que o acesso a tais práticas deva ser protegido pelo conteúdo da liberdade reprodutiva.

Como ensina Novais (2003, p. 411), na interpretação do âmbito protegido de uma liberdade fundamental, deve-se atentar para a forma que o constituinte configurou o conteúdo dessa liberdade, e este “em geral, varia consoante os direitos fundamentais em causa, é mais ou menos fechado, mais ou menos funcionalizado ou finalisticamente orientado”.

Muitas vezes, o próprio enunciado normativo do texto constitucional já determina essa funcionalização ou orientação finalística, excluindo de antemão modalidades de comportamento ou situações que não podem ser vistas como exercício do direito (NOVAIS, 2003)²⁵⁰. Após o enfrentamento das questões levantadas no capítulo terceiro, não resta dúvida de que a liberdade reprodutiva é uma liberdade finalisticamente orientada expressamente pelo dever de respeito da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

²⁴⁹ Vale ressaltar também que a classe de futuras crianças compreende todas as crianças que irão existir, sem se aplicar ou se referir especificamente a alguma futura criança em específico (DILLARD, 2010).

²⁵⁰ Nas palavras do autor: “Com efeito, os elementos de exclusão podem vir consagrados na mesma ou em diferentes prescrições constitucionais, podem increver-se formalmente na previsão ou na consequência da norma, como reconhecimento de proteção de outros bens ou valores como imposição de deveres que conduzem necessariamente à exclusão daquela proteção jusfundamental.” (NOVAIS, 2003, p. 424)

Se interpretados conjuntamente e afastadas as incongruências e incompatibilidades ressaltadas no capítulo anterior, o dever de respeito e proteção à humanidade intrínseca das futuras crianças assim como o dever de cuidado pelo seu bem-estar futuro consistem em limites ao conteúdo da liberdade reprodutiva, e à medida que os poderes conferidos aos futuros pais pelas práticas seletivas desse grupo afetam um ou outro dever, seu acesso não pode ser visto como um exercício legítimo da liberdade reprodutiva.

A proposta de excluir do conteúdo da liberdade reprodutiva as práticas de seleção por motivos perfeccionistas, por motivos sociais e preferenciais pelos argumentos expostos acima não tem a intenção de reduzir toda a complexidade no entorno da temática que ao longo da pesquisa se tentou ressaltar.

Reconhece-se que se trata de uma proposta precária e provisória. Precária porque fundada em uma interpretação (dentre tantas outras questionadas) dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável que precisa demonstrar determinada adesão social, acadêmica e jurídica²⁵¹.

Provisória porque as exigências interpretativas que se pôde fazer com base na dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana têm assento em uma determinada e específica ética (ainda vigente) de valorização da singularidade e unicidade do ser humano associada ao fator inesperado do nascimento. Não se descarta, assim como Mills (2011), o fato de que todos os poderes conferidos pela tecnologia que afetam o processo anterior ao nascimento possam vir a deslocar (em um futuro breve) a ética da valorização e do respeito pela singularidade de quem virá, pela ética particularizadora do quê vem, tornando débil o argumento de dever de proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças como impedimento para o acesso e legitimação das práticas seletivas deste grupo.

E nesse sentido, tratando-se de uma proposta de exclusão de algumas práticas seletivas baseada no grau de poderes disponibilizados pela tecnologia a futuros pais para configurarem geneticamente futuros filhos, podendo-lhes afetar o fenótipo ou mesmo limitar-lhes escolhas existenciais futuras, ela poderá sofrer a objeção, como aquela bem formulada por Buchanan *et. al* (2009), de que pais geralmente têm legitimidade social e permissibilidade

²⁵¹ Incorpora-se aqui algumas lições de Novais (2003) sobre o processo de delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental que como primeiro momento na concretização dos direitos fundamentais deve se assentar em elementos “pacíficos” de inclusão e “evidentes” de exclusão: “[...] numa primeira fase, se devem procurar obter com a delimitação da previsão normativa os seguintes resultados: o que é que pode ser pacificamente incluído na proteção garantida pelos direitos fundamentais e, de outro lado, o que é que, dispensando juízos de valoração ou ponderação de interesses opostos, dela deve ser, com toda a evidência, excluído.”(NOVAIS, 2003, pp. 425-426)

jurídica para, conforme seus próprios valores, planos de vida, crenças e concepções de vida boa, dispor sobre o melhor para seus filhos.

Criticando argutamente a diferença entre poderes conferidos pelas intervenções genéticas e poderes exercidos em intervenções ambientais pelos (futuros e atuais) pais, os autores concluem que, exceto os casos de abuso e negligência, pais têm licença moral e jurídica para perseguirem o melhor para seus filhos, seja por meio de intervenções genéticas seja por meio de intervenções ambientais. Apesar dos questionamentos levantados a seguir sobre a posição dos autores, não há como negar que sua proposta de inclusão das práticas seletivas desse grupo como integrantes da liberdade reprodutiva se revelará muito promissora notadamente quando não se puder mais extrair do princípio da dignidade da pessoa humana nenhum sentido normativo que implique o dever de proteção pela singularidade e unicidade das futuras crianças antes mesmo de seu nascimento.

Buchanan *et. al* (2009) argumentam que, embora existam pais negligentes e abusadores, para os quais o sistema jurídico deve ter respostas punitivas eficazes, normalmente pais desejam o melhor para seus filhos e existe o reconhecimento social, moral e jurídico de sua liberdade e autoridade para preparar e criar seus filhos da forma que consideram a melhor. Pais geralmente têm discricionariedade para tomar decisões que visam desenvolver as capacidades dos filhos e para lhes proporcionar o maior espectro de oportunidade e escolhas em sua vida futura. Assim, lhes é dada autoridade para decidirem sobre a melhor dieta a oferecer aos filhos, sobre a realização de práticas esportivas (inclusive a respeito daquelas que exigem treinamento intenso e exaustivo), sobre o envolvimento em habilidades artísticas, intelectuais, religiosas, sobre a educação e formação de seu caráter enquanto agentes morais, sendo-lhes assegurada, em todas essas atividades, uma margem de livre atuação e disposição sobre a criação dos filhos.

Se pais já possuem liberdade que lhes conferem poderes de disposição sobre a educação, sobre a formação da personalidade e inclusive sobre a alteração do fenótipo de seus filhos por meio de todas as intervenções ambientais assinaladas, por que não lhes conferir esses mesmos poderes no campo das interferências genéticas? Para os autores, a menos que se leve muito longe a tese atualmente rejeitada de um determinismo genético tanto na configuração do fenótipo quanto na formação da personalidade, não haveria diferenças significativas entre as interferências genéticas e as ambientais realizadas pelos pais. Em ambas, podemos encontrar elementos que se perpetuarão para sempre no fenótipo, no caráter e na personalidade dos filhos. Em ambas, os pais poderão cometer erros. Em ambas, os pais

podem sofrer as mesmas pressões sociais em torno de estereótipos e preconceitos (BUCHANAN *et. al*, 2009).

Afastando o argumento de que os poderes de disposição conferidos pelas intervenções genéticas seriam em algum grau diverso dos poderes concedidos aos pais para realizarem intervenções ambientais em seus filhos, os autores se voltam para a importância de discutir sobre o que vem a ser o melhor para a criança, já que elas não são bens nem propriedades dos pais, mas pessoas dotadas de direitos. Tornar a vida da criança melhor significa promover o bem para ele mesmo e não para terceiros, significa tomar decisões tendo em vista seus próprios interesses e não em nome dos interesses dos pais ou mesmo da sociedade. A preocupação dos autores com as intervenções genéticas é, assim, que elas sejam feitas em benefício ou para o bem das futuras crianças e não para o benefício ou bem de outros (BUCHANAN *et. al*, 2009).

Apesar de reconhecerem a pluralidade de concepções acerca do bem e da vida boa e a necessidade de respeitar a liberdade dos pais para perseguir os na educação de seus filhos, os autores defendem um imperativo o qual todos devem respeitar: o direito da criança a um futuro aberto – pais têm a responsabilidade de preparar seus filhos para a vida adulta, desenvolvendo-lhes as capacidades necessárias para que eles venham no futuro fazer escolhas autônomas, sendo-lhes vedado fechar oportunidades ou impor-lhes uma visão particular de vida boa de modo a retirar-lhes as chances de escolherem a sua própria.

Por outro lado, os autores admitem as dificuldades de usar o princípio como barreira sistemática (especialmente jurídica) para pais realizarem intervenções genéticas: seria muito difícil e controverso identificar e distinguir quando os pais, vivendo seus planos de vida conforme suas visões de vida boa, estariam impondo esses mesmos planos aos filhos, diminuindo-lhes de forma excessiva as capacidades e oportunidades de escolhas os seus próprios planos. Não existiria um ponto preciso pelo qual se pudesse afirmar se houve ou não violação do direito a um futuro aberto, sendo este, assim, compatível com o uso discreto das práticas seletivas com o objetivo de perseguir o melhor para seus filhos (a seleção embrionária com o objetivo de ter uma criança mais magra não afetaria, por exemplo, o seu direito a um futuro aberto) (BUCHANAN *et. al*, 2009).

Desse modo, o imperativo de respeito a um futuro aberto termina por não fornecer nenhum critério constrangedor contra o uso das práticas seletivas e, à medida que na busca pela formação da melhor criança serão os interesses e as escolhas dos pais que de fato motivarão a seleção embrionária, o dever de perseguir o bem em nome dos interesses próprios da futura criança, tão enfatizado pelos autores, perde seu valor normativo.

É inegável que pais tenham reconhecidamente pela ordem jurídica poderes²⁵² (designado poder familiar) para conduzir a educação dos seus filhos com certa liberdade e que suas intervenções ambientais acabem configurando o caráter, o fenótipo e influenciando a construção da própria identidade pessoal futura dos filhos, como ressaltam os autores, contudo, é extremamente duvidoso e controverso se os poderes de intervenção genética conferidos pela tecnologia devam também ser estendidos aos futuros pais em nome da liberdade reprodutiva. Como reflete Año (2012), não se vê problemas no fato de pessoas buscarem parceiros inteligentes, de boa aparência, com determinados traços de caráter também desejados para a descendência, ou mesmo que mulheres surdas, desejando filhos surdos, busquem parceiros na mesma condição; porém, levantam-se sérios questionamentos se tais resultados devem ser assegurados tecnologicamente.

Parte dos questionamentos se relaciona com a eficácia dos recursos tecnológicos para garantir tais resultados, cite-se a seleção de sexo, por exemplo. Não resulta problemático que se conviva com recomendações, receitas e ou até conselhos médicos sobre a concepção de bebês com determinado sexo, mas o mesmo não se poderia afirmar se a determinação do sexo deve ser assegurada eficazmente pela tecnologia de reprodução assistida. O poder conferido pela tecnologia é um poder sem precedentes, por isso não pode simplesmente ser equiparado às intervenções ambientais realizadas pelos pais sobre seus filhos (AÑO, 2012)²⁵³.

Ele impressiona porque afeta um paradigma moral de que crianças devem ser vistas como um dom (SANDEL, 2013), como presentes (CAMPBELL, 2000) e realizar intervenções antes do nascimento a fim de lhes imprimir determinadas características representa uma tentativa de particularização de algo que deve ser recebido como singular e único. Apesar das constatações de Mills de que esse paradigma ético possa vir a ser deslocado em um futuro próximo em razão das pressões postas pelo desenvolvimento biotecnológico, não há evidências de que tal deslocamento já tenha começado a se operacionalizar em termos de práticas sociais. Ao contrário, dados no direito comparado e inclusive trabalhos empíricos

²⁵² Mais amplamente reconhecidos como deveres correspondentes aos direitos dos filhos e responsabilidades com vista a assegurar o livre e saudável desenvolvimento da personalidade das crianças (LOBO, 2013)

²⁵³ Talvez se possa objetar contra a eficácia alegada das intervenções tecnológicas, como fazem Buchana *et. al*, no caso das práticas seletivas ainda hipotéticas, já que algumas características desejadas na seleção podem ter componentes ambientais importantes necessários para sua manifestação (como inteligência, memória, comportamentos não agressivos, orientação sexual). Ainda que tal objeção seja correta ela não atinge o argumento de todo porque não pode ser descartado no campo do desenvolvimento biotecnológico que se possa assegurar tal eficácia por meio da seleção em si no futuro (ou que combinada com outros recursos, possa ser alcançar resultados eficazes), nem muito menos afastaria a potência da técnica para produzir com eficácia características menos complexas, como cor dos olhos e cor da pele.

reforçam a tese de que a ética da valorização pela singularidade e unicidade daquele que vem, da futura criança, ainda é predominante em diferentes contextos ocidentais.

No plano comunitário europeu, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina veda expressamente a seleção de sexo²⁵⁴. Mesmo em países que regulamentaram o uso DGPI, por exemplo, como Espanha, Reino Unido e França, como veremos mais adiante, a seleção de sexo, salvo quando associada à transmissão de doenças genéticas, é proibida com bastante ênfase. E, ainda nos Estados Unidos, onde se realizam as práticas seletivas de forma ampla sem marco legal regulatório algum, dados levantados em trabalho de campo revelam que a maioria da população não aprova a seleção embrionária pré-implantacional para fins perfeccionistas, social ou como expressão de preferências individuais dos futuros pais (WINKELMAN *et. al*, 2015)²⁵⁵.

Por esses aspectos, e enquanto o princípio da dignidade humana puder impor o dever de proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças, a crítica de Buchanan *et. al* (2009) não pode ir tão longe a ponto de equiparar os poderes de intervenção genética dos futuros pais aos poderes de intervenção ambientais dos pais atuais e afastar a viabilidade da proposta em excluir do conteúdo da liberdade reprodutiva as práticas seletivas desse grupo.

Particularmente no Brasil, a presença do princípio da dignidade da pessoa humana no próprio enunciado da norma constitucional como dever estatal de proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças e limite ao livre planejamento não permitiria incluir no âmbito de proteção da liberdade reprodutiva as práticas seletivas apontadas nesse grupo.

Vale a pena acrescentar que mesmo não sendo o sentido interpretativo proposto aqui o adotado ou ainda se fosse dispensanda qualquer normatividade objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, a ponto de se permitir aceitar os argumentos sobre a similitude entre intervenções genéticas e ambientais proposta por Buchanan *et. al* (2009) e de admitir a extensão da garantia da liberdade reprodutiva às práticas seletivas por motivos

²⁵⁴ “Artículo 14 (No selección de sexo) No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.” (EU, 1997)

²⁵⁵ Segundo a pesquisa de campo dos autores (a amostra tende a representar a população nacional segundo os critérios de idade, raça/etnia, renda, educação e religião), as indicações do DGPI para selecionar traços de personalidade obtiveram 50, 7% de reprovação entre os entrevistados, contra apenas 18,9% de aprovação (sendo que 30,5% dos entrevistados não souberam responder). A seleção de sexo teve 51, 5% de rejeição contra 21,1% de aprovação (enquanto 27,4% dos entrevistados também não souberam responder). A seleção para traços físicos alcançou 58,8% de desaprovação, contra apenas 14, 6% de aceitação (nesse caso, 26,6% nem concordaram nem discordaram) e a hipótese de seleção para fins de orientação sexual obteve 61,2% de rejeição, 13,4 de aprovação e 25,6% dos entrevistados não opinaram (WINKELMAN *et. al*, 2015, p.668, gráfico 2).

perfeccionistas, sociais e preferenciais, a conclusão pela garantia efetiva de acesso a tais práticas ainda assim se revelaria problemática.

Isso porque um suposto direito de liberdade *prima facie*²⁵⁶ para ter acesso e realizar as intervenções genéticas em futuros filhos poderia se encontrar obstaculizado por diversos outros interesses jurídicos protegidos também em nível constitucional. Como destacado no capítulo anterior, o exercício da liberdade reprodutiva, devido a sua dimensão comunitária, poderia ter seu exercício restringido por outras normas do sistema – tais como o direito à vida, à identidade pessoal, ao patrimônio genético, à igualdade e à vedação de discriminação – e, nesse sentido, não gerar nenhuma posição jurídica definitiva²⁵⁷.

Apesar do resultado alcançado pelas duas argumentações ser o mesmo – ausência de um direito definitivo de liberdade reprodutiva para realizar a seleção embrionária pré-implantacional pelas finalidades neste tópico perseguidas – considera-se que a proposta de exclusão do âmbito normativo do conteúdo da liberdade reprodutiva, além de ser a mais adequada normativamente haja vista a expressa previsão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana como delimitação e fundamento da liberdade reprodutiva, é a que mais demonstra respeito à classe de futuras crianças, já que veda de antemão qualquer discurso em defesa do direito de escolher o tipo de filho que se quer ter.

Se em razão do dever de proteção da humanidade intrínseca de futuras crianças, as práticas seletivas por motivos perfeccionistas, sociais ou em razão de meras preferências dos futuros pais devem ser excluídas da proteção da liberdade reprodutiva, por que aquelas realizadas com o objetivo de evitar a transmissão de doenças não o seriam também? É o que se passa a analisar a seguir.

2.2 Seleção embrionária pré-implantacional com o objetivo de gerar a descendência ou de evitar a transmissão de doenças genéticas graves e incuráveis: posições juridicamente protegidas (*prima facie*) pelo direito de liberdade reprodutiva e complexidades

Para Año (2012, p. 53), a possibilidade de evitar a transmissão de enfermidades à descendência, ao invés de ser vista sob a perspectiva dos direitos deveria ser vista sob a

²⁵⁶ Sujeito a restrições em seu exercício devido a interesses opostos consagrados em outros direitos de mesma hierarquia constitucional (ALEXY, 2002; NOVAIS, 2003).

²⁵⁷ Os próprios autores, Buchanan *et. al* (2009, p. 202) admitem certas restrições ao exercício da liberdade reprodutiva dos futuros pais em relação às manipulações genéticas em sua futura prole, tendo em vista razões de justiça, da proteção de bens públicos ou ainda em relação aos riscos que elas representam: “*We found no reason to object in general to using genetic influences any more than environmental ones in the pursuit of such advantages. We did, however, find that some efforts to pursue advantage (whether genetic or environmentally influenced) may reasonably be restricted. In some cases, these are self-defeating and pose threats to public goods. In others, they raise objections of fairness. In still others, the risks involved in the pursuit may make them unacceptable.*”

perspectiva dos deveres: “*Los padres tienen el deber, hasta donde les sea posible, de velar por la salud de sus hijos. Si no lo hicieran, tendrían que ser otras instancias las que lo aseguraran.*” O único motivo, ainda segundo o autor, pelo qual não se poderia exigir tais obrigações em momentos anteriores ao nascimento seria porque isso representaria uma intervenção muita intensa de terceiros no corpo de outras pessoas e em particular no corpo da mãe.

Detendo-se um pouco mais no argumento de Año, não seria desarrazoado inferir que o autor estar a defender o uso das tecnologias de seleção embrionária, na presença do risco de transmissão de enfermidades à futura prole, como dever dos futuros pais. Se até certo ponto é indiscutível que também os futuros pais (assim como pais atuais em relação a seus filhos) têm o dever de cuidar e zelar pelo bem estar das futuras crianças, do que pode resultar a exigência de determinados comportamentos que expressem o cuidado para com a prole futura antes mesmo da concepção e após – como cuidar da alimentação, realizar os exames pré-natais, evitar o uso de drogas e álcool etc – não está claro (nem justificado) porque pais têm o dever de evitar algo que não depende de suas ações, tal como uma doença genética.

A tese de Año, salvo pela ressalva de se impedir a adoção de medidas coercitivas aos futuros pais, não se distancia daquela defendida pelo modelo preventivo de paternidade responsável cujo cerne, discutido no capítulo anterior, consiste em atribuir aos futuros e atuais pais o dever de zelar pela qualidade de vida dos futuros e atuais filhos, resultando daí a o dever de recorrer às tecnologias disponíveis (sejam testes de diagnóstico pré-implantação ou pré-natal e se preciso for, à seleção embrionária ou até mesmo aborto seletivo) para evitar o nascimento de crianças com doenças graves e assim poupar-lhes do sofrimento futuro.

Apenas pelos riscos já destacados que essa visão particular de paternidade responsável apresenta em sua versão jurídica, como a justificativa para a implementação de medidas coercitivas nessa área, ela deveria ser de todo afastada. Mas, para além desse aspecto, outros elementos surgem nesse cenário para dificultar a viabilidade jurídica da tese da paternidade responsável preventiva resultante no dever de selecionar.

A imposição de selecionar embriões livres de enfermidades em nome do dever de zelar pela saúde dos futuros filhos traria em si as seguintes consequências: 1) afrontaria a liberdade dos futuros pais para decidirem conforme suas crenças e valores conceber, dar à luz e cuidar de crianças enfermas, 2) encerra um potencial discriminatório à medida que o conceito de enfermidade sofre a influência dos padrões sociais sobre normalidade e doença, além de refletir as condições de acolhimento, acesso, inclusão/exclusão e cuidado daquela sociedade em relação a pessoas com determinadas enfermidades; 3) implicaria, por questões

de justiça, o acesso aos testes e aos recursos disponíveis para seleção embrionária por meio dos sistemas de saúde pública e 4) mais drasticamente significaria desprover de qualquer normatividade objetiva o dever de proteção à vida humana²⁵⁸.

Consoante a discussão realizada no capítulo terceiro sobre o dever de paternidade responsável, em razão das incompatibilidades e incongruências que algumas interpretações provocam, notadamente em confronto com as exigências de respeito e proteção a dignidade da pessoa humana, defendemos que o princípio deve, no momento anterior ao nascimento e sob a perspectiva dos deveres dos futuros pais, funcionar mais por sua força moral do que pela sua imposição jurídica.

Enquanto dever moral de não maleficência e de cuidado pelo bem estar de seus futuros filhos, o princípio da paternidade responsável pode constranger alguns prospectivos pais com riscos genéticos, sejam por experiências pessoais ou familiares de sofrimento em decorrência da doença, a não reproduzir biologicamente ou a só reproduzir desta maneira com o recurso à seleção genética embrionária. Nesse último sentido, é que Franklin e Roberts (2004) e Pavone e Funes (2018), em suas pesquisas de campo, puderam comprovar que a sentimento dos futuros pais nessas circunstâncias não é a de liberdade (fática), mas de dever; para eles, a única opção de projeto de reprodução biológica responsável seria por meio do uso do DGPI²⁵⁹.

Porém, vale ressaltar que para outros futuros pais, em razão de suas crenças, valores e projetos de vida, o dever de paternidade responsável pode compreender o dever de cuidado pelo bem estar da futura criança no sentido de aceitar a sua condição e de se comprometerem em proporcionar-lhe todo o cuidado e assistência possível, garantido ademais à futura criança um ambiente de amor e carinho capaz de atenuar-lhe o sofrimento e de lhe oferecer uma existência digna.

Nas duas hipóteses, o dever de paternidade responsável atuará produzindo obrigações morais diversas, razoavelmente legítimas e difíceis de serem impostas ou mesmo proibidas pelo Estado por meio de normas jurídicas. Tratar o tema do acesso à seleção embrionária para evitar a transmissão de doenças graves como questão de dever jurídico dos futuros pais de

²⁵⁸ Efeitos analisados mais detidamente no tópico 1.2 do capítulo terceiro.

²⁵⁹ Pavone e Funes (2018) identificaram bem esse sentimento nas entrevistas realizadas com mulheres que recorreram ao DGPI com o objetivo de evitar a transmissão de doenças graves: *“As a result of this unique connection with the health of the prospected children, PGD is endowed with a special moral and social status, making it the only acceptable way of fulfilling their reproductive project: ‘My father and my son have a hypertrophic myocardial pathology and when I went for a genetic test and it came out positive, the doctors suggested I should go for pre-implantation genetic diagnosis [...] when this was suggested to me, I no longer considered having a child in a different way’. [P13]”*

zelar pela saúde de seus futuros filhos implicaria na escolha normativa sobre qual dever moral deve ser imposto aos pais, o que poderia resultar incompatível com pluralismo jurídico em um Estado Democrático de Direito e com o livre desenvolvimento da personalidade dos futuros pais.

Por tais razões, discorda-se de Año e de outros autores que tratam o tema da seleção genética nessas hipóteses sob a perspectiva dos deveres, para abordar a questão sobre a perspectiva dos direitos e da liberdade. Mais enfaticamente sob a perspectiva de um direito de liberdade fundamental como a liberdade reprodutiva e não como mera faculdade conferida pelo legislador. Para isso, porém, algumas indagações elementares devem ser respondidas. Por que a seleção embrionária com o objetivo de evitar a transmissão de doenças à descendência, pelas mesmas razões aplicadas à seleção por motivos perfeccionistas, sociais e preferenciais, não é excluída do âmbito normativo do direito à liberdade reprodutiva? E ainda: por qual (is) razão (ões) seria tão fundamental se garantir o acesso à seleção embrionária pré-implantacional naquelas situações aos futuros pais?

Para responder à primeira pergunta, recorre-se novamente o critério apontado mais acima para separar as práticas seletivas: o grau de poderes de configuração e particularização sobre as futuras crianças conferido aos prospectivos pais pelas tecnologias de seleção embrionária. O contexto do surgimento dessas tecnologias como o escaneamento genético (PGS) e o próprio diagnóstico pré-implantacional (DGPI), demonstram que o objetivo promordial das técnicas era, respectivamente, assegurar o próprio êxito da implantação embrionária no útero, garantido-se, assim, a gestação em si e proporcionar às pessoas, com riscos genéticos de transmitir aos seus futuros filhos doenças graves²⁶⁰, incuráveis e muitas vezes fatais, a possibilidade de ter filhos livres do sofrimento físico intenso ou, às vezes, simplesmente ter filhos que sobrevivam.

Considerando-se tais finalidades e seu restrito campo de aplicação, resta muito difícil se inferir que a seleção embrionária nesses casos esteja conferindo amplos poderes a futuros pais para configurar seus filhos, ou que tais poderes representem um flagrante desrespeito à humanidade instrínseca de futuras crianças. Justamente porque sua finalidade inicial fora aumentar a chance de uma gestação bem sucedida (PGS) e a tentativa de assegurar o nascimento de uma criança que sobreviva ou viva sem sofrimento físico intenso (DGPI), é que as práticas seletivas embrionárias nessas circunstâncias foram recebidas como benefícios

²⁶⁰ Tais como fibrose cística, distrofia muscular de Duchene, Talassemia e atrofia muscular espinhal. Para uma dimensão da gravidade, dos sintomas, da idade de manifestação de algumas dessas doenças, conferir, por exemplo: HARPER, 2009; I TUR-KASPA *et. al.*, 2010; LANIGAN, 2014; GIRARDET *et. al.*, 2015; LEE *et. al.*, 2017.

e como recursos trazidos pela biotecnociência que promovem condições dignas de existência e de redução do sofrimento humano (FEITO GRANDE, 2002)²⁶¹. É por isso que em certa medida as práticas reunidas em torno dos termos “terapêuticas”/“médicas”/“patológicos” tendem a receber maior aprovação social e, por conseguinte, menor reprovação jurídica (CASABONA, 2012; CIRIÓN, 2015; FABRE-MAGAN, 2004)²⁶².

No entanto, a complexidade das práticas seletivas reunidas em torno do grupo “para evitar a transmissão de doenças à futura prole” é tão grande que uma resposta reducionista sobre o grau de poderes para particularizar e configurar futuras crianças deve ser evitada. Além do restrito espectro de doenças monogênicas graves e de manifestação precoce, as práticas seletivas desse grupo podem abranger aquelas que buscam também evitar a transmissão de doenças monogênicas de manifestação tardia, daquelas monogênicas menos graves ou cujo tratamento disponível assegura certa qualidade de vida, de doenças multifatoriais graves ou menos graves, ou ainda de condições genéticas incapacitantes, desafiando, assim, o julgamento genérico sobre a presença ou não de poderes de configuração e de disposição sobre a futura criança.

A generalizada busca por um filho saudável, por exemplo, que resulte na seleção de embriões livres de todos os fatores genéticos de risco possíveis e identificados para desenvolver doenças ou apresentar condições incapacitantes não resultaria também na concessão de poder aos futuros pais para condicionar o nascimento de futuras crianças a determinado *profile* de saúde e para definir as características de quem virá ao mundo? Recorrer à seleção embrionária com o objetivo de ter um filho saudável, e assim utilizar o DGPI, por exemplo, para selecionar embriões “otimizados”, com o menor número possível de genes associados a enfermidades ou condições incapacitantes não difere muito da seleção para fins perfeccionista²⁶³.

²⁶¹ No mesmo sentido, dispõe o Artigo 12 da Declaração Universal do Genoma Humano de 1997; “a) Os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo. b) A liberdade da pesquisa, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo aquelas realizadas nos campos da biologia, da genética e da medicina, envolvendo o genoma humano, devem buscar o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo.”

²⁶² Como afirma Casabona (2012, p.85): “*Es indudable que la eliminación de enfermedades propias de la especie humana no debería merecer reproche jurídico alguno, una garantizada la seguridad de las intervenciones necesarias en quienes pudiera aplicarse*”.

²⁶³ A multinacional Igenomix (especializada em genética da reprodução assistida) com atuação no Brasil, oferece, por exemplo, o teste de compatibilidade genética para casais (CGT), com o objetivo de “identificar o risco de transmissão de doença hereditária antes mesmo da concepção” (<https://www.igenomix.com.br/>). O teste é amplamente indicado e dentro suas justificativas se encontra o fato de que 82% das pessoas serem portadoras de ao menos uma alteração genética. Conforme consta no folheto explicativo disponível no site: “Quem deve realizar o CGT? Todos nós possuímos alterações em nossos genes. Com o teste CGT, é possível saber se essas

À medida que a enfermidade ou condição patológica se apresenta como menos grave, como curável ou tratável e, nessa condição o recurso à seleção embrionária apresenta um potencial de ampliação ou de generalização, a intensidade dos poderes de particularização e de condicionamento da existência de futuras crianças em razão das características que ela desenvolverá ou não aumenta, imagine-se, por exemplo, as hipóteses da seleção embrionária, quando disponíveis, para diminuir os fatores de risco de desenvolvimento de doenças multifatoriais como asma, diabetes, obesidade, ou mesmo a seleção a fim de evitar condições genéticas incapacitantes como miopia, surdez e cegueira.

Parece razoável inferir que, nesses casos, a exigência de respeito da humanidade intrínseca das futuras crianças não permite a inclusão de certas práticas seletivas embrionárias no âmbito normativo da liberdade reprodutiva, ainda quando tais práticas possam ser genericamente agrupadas em torno da finalidade de evitar a transmissão de doenças à futura descendência.

A *contrario sensu*, o grau de poderes de disposição sobre futuras crianças diminui, desaparece ou se torna irrelevante para constituir impedimentos à seleção embrionária, quando as situações excepcionais em que se recorre a ela estão associadas conjuntamente à gravidade da doença, à impossibilidade de cura, à disponibilidade, dificuldades de acesso ou limitações do tratamento, a intensidade do sofrimento físico a ser suportado pela futura criança, assim como às experiências de dor, perda e sofrimento vivenciadas pela família dos futuros pais. Nessas situações, a seleção embrionária pré-implantacional consiste mais em um recurso biotecnológico que promove a dignidade da pessoa humana do que uma ameaça à humanidade intrínseca de futuras crianças.

Por isso que, apesar da complexidade e das dificuldades que a abrangência da seleção “para fins de evitar a transmissão de doenças” comporta, as práticas voltadas para a seleção de embriões livres de doenças genéticas graves e incuráveis não podem receber o mesmo tratamento jurídico daquelas para fins perfeccionistas, sociais ou preferenciais. Os

alterações podem causar alguma doença em nossos filhos. Recomendamos fazer o teste nos seguintes casos: • Antes de tentar por meio natural uma gestação: qualquer mulher que deseja ficar grávida deve realizar o teste para conhecer o risco de transmissão de possíveis doenças para o seu filho. • Antes de um tratamento de reprodução assistida: aconselhamos conhecer o risco de transmissão e, dessa forma, ser direcionada para o melhor tipo de tratamento. • Antes de um tratamento com óvulos ou sêmen doados: para poder selecionar um doador que não seja portador da mesma mutação que o cônjuge que aporta os gametas (óvulos ou espermatozoides)”. Disponível em:

[https://www.igenomix.com.br/hubfs/493037/Brazil/PDF/CGT%20-%20Patient%20Brochure%20-20PT\(BR\).pdf?_hstc=76965834.b54751714149da9ab9a88e828c979607.1551620495212.1551620495212.1551620495212.1&_hssc=76965834.2.1551620495213&_hsfp=161287905&hsutk=b54751714149da9ab9a88e828c979607](https://www.igenomix.com.br/hubfs/493037/Brazil/PDF/CGT%20-%20Patient%20Brochure%20-20PT(BR).pdf?_hstc=76965834.b54751714149da9ab9a88e828c979607.1551620495212.1551620495212.1551620495212.1&_hssc=76965834.2.1551620495213&_hsfp=161287905&hsutk=b54751714149da9ab9a88e828c979607), acesso em 19.03.2019. Nesse aspecto, além do reforço à medicalização, inclusive na reprodução natural, verifica-se também um estímulo ao discurso do filho saudável e, conseqüente, ao recurso posterior à seleção embrionária para situações que nem sempre representem enfermidades graves e incuráveis.

critérios de gravidade e ausência de cura ao tempo da utilização do diagnóstico genético reduzem o grau de disposição de futuros pais para configurar e escolher “o que virá”, atendendo, por outro lado, às necessidades de adequação entre os resultados obtidos pela tecnologia e a promoção da dignidade das pessoas, diminuindo-lhes o sofrimento e garantindo-lhes a qualidade de vida²⁶⁴. Mais do que permitidas juridicamente, tais práticas devem ser protegidas pela liberdade reprodutiva dos futuros pais.

A fundamentalidade da liberdade para aceder aos recursos tecnológicos disponíveis de seleção embrionária seja para proporcionar o êxito da gestação (por meio do PGS), seja para evitar a transmissão de doenças graves e incuráveis à futura descendência (por meio do DGPI) está associada aos mesmos bens que fundamentam a proteção da liberdade reprodutiva. A importância que a reprodução biológica pode ocupar no desenvolvimento da personalidade e na configuração dos planos de vida de uma pessoa (ROBERTSON, 2003), o direito de fundar uma família e por meio dele a liberdade para escolher pela filiação biológica ou adotiva (SALAZAR, 2008), o direito à condução da vida privada e até mesmo a liberdade de crença (DWORKIN, 2009; SALAZAR, 2008) – para avaliar e julgar conforme seus valores morais e religiosos a decisão de trazer ao mundo uma criança gravemente doente – justificariam a inclusão da garantia de acesso à tais práticas seletivas no âmbito normativo da liberdade reprodutiva.

Além dessa dimensão de escolha que envolve o processo reprodutivo e que justifica uma dimensão pessoal da liberdade reprodutiva, foi visto nos capítulos anteriores que a

²⁶⁴ Tais critérios permitem enfrentar também as dificuldades inerentes ao próprio conceito de “doença”, noção extremamente influenciada pelo contexto histórico-cultural e por percepções subjetivas que muitas vezes pode servir como justificativa para impor determinados padrões de normalidade apreciados pela sociedade e, por outro lado, para impulsionar a rejeição daqueles considerados anormais. O recurso genérico aos termos “doença” e “enfermidade” em textos jurídicos para legitimar determinadas práticas seletivas pode provocar efeitos “colaterais” não previstos ou até mesmo contrários àqueles inicialmente previstos pela regulação, os quais como adverte corretamente Rodotà (2010, p.194) “deveriam ser atentamente valorados”. A autorização legal ou regulamentar de determinadas doenças para a prática permitida da seleção embrionária, notadamente por meio da técnica das listas de enfermidades pré-autorizadas, tem como principal objetivo evitar que os testes sejam utilizados fora dos parâmetros jurídicos delimitados, entretanto, sua publicidade, mais do que a formação de uma consciência coletiva em torno do lícito e do ilícito, promove também certa normalização genética, pressionando os indivíduos a recorrer a tais recursos em razão da estigmatização social gerada em desfavor das enfermidades constantes nas listas. Na observação percuciente de Rodotà (2010, p. 195): *“los listados acaban adquiriendo un valor prescriptivo, indicando un modelo de normalidade genética e invirtiendo su función originaria, que debería ser precisamente la de librarnos de la tentación de tomar este camino. Transformado en modelo cultural, el listado, en los casos em que la intervención no llega a producirse, puede servir, como fundamento consciente o inconsciente, para la discriminación o la estigmatización social de los portadores de tales enfermedades.”* Ao contrário da técnica das listas, os critérios de gravidade e ausência de cura, indicados expressamente de forma genérica na legislação, com remissão aos órgãos fiscalizatórios para apreciar em cada caso solicitado a presença dos requisitos legais – ou ainda a combinação destes com outros requisitos genéricos indicados pelo legislador tais como “a existência de casais com alto risco de transmissão de doenças genéticas”, a restrição das doenças graves e incuráveis aquelas consideradas “monogências de manifestação precoce” – atenuam tais efeitos sem, no entanto, desconsiderar os avanços da ciência e da tecnologia na área e as necessidades de adequação dos critérios legais às novas descobertas.

atividade reprodutiva, mais que uma atividade humana simplesmente biológica ou natural é também uma prática inserida no contexto de significações e representações sociais, repleta de exigências, deveres e responsabilidades para com aquele que virá como fruto da reprodução (MILLS, 2011). Essa dimensão relacional do processo de tomada de decisões reprodutivas se reflete no direito, e particularmente em nosso ordenamento jurídico, foi incorporada por meio dos deveres de proteção da dignidade da pessoa humana e de paternidade responsável (deveres reprodutivos).

Nesse sentido, pode-se afirmar que não apenas a dimensão pessoal da liberdade reprodutiva justificaria a inclusão da seleção com as finalidades acima assinaladas, mas também sua dimensão relacional ou seu contexto normativo relacional que exige que futuros pais de forma responsável tomem decisões reprodutivas. O dever de paternidade responsável surge aqui não como imposição da seleção embrionária em nome do dever de cuidado, mas como um parâmetro ético jurídico que permite aos futuros pais, segundo seus próprios valores, se comprometerem com o cuidado, bem estar e felicidade de futuras crianças gravemente doentes, ou ao contrário, evitarem a reprodução biológica ou ainda optarem por esta e pelos recursos que afastem a possibilidade de terem uma criança gravemente afetada por uma enfermidade.

Outro argumento que fortalece a inclusão das técnicas seletivas desse grupo no conteúdo da liberdade reprodutiva relaciona-se com a proposta de Dillard (2010) de um conceito de liberdade reprodutiva menos abrangente e menos proprietária em relação às futuras crianças. O alcance do âmbito protegido da liberdade reprodutiva deve corresponder à satisfação dos interesses protegidos em relação à reprodução humana (DILLARD, 2010).

Constituir família, ter filhos e construir uma vida de relações estão na base da proteção da liberdade reprodutiva e à medida que as tecnologias de reprodução assistida proporcionem a satisfação desses interesses, o acesso a esses recursos deveriam ser protegidos pela liberdade reprodutiva. Se tais escopos estão diretamente assegurados pelo PGS, já que esta técnica visa ao sucesso da gestação em caso de abortos sucessivos ou em casos de gravidez tardia associada a quadros de infertilidade, quanto ao uso do DGPI para o caso de riscos de transmissão e doenças graves eles se realizam indiretamente. A justificativa inicial para o desenvolvimento da técnica do DGPI e de suas aplicações foi o de assegurar aos pais ou já afetados por doenças genéticas graves ou sob o risco de transmitir a herança genética responsável pelo desenvolvimento da doença a seus filhos, a possibilidade de ter filhos livres do intenso sofrimento físico ou mesmo que sobrevivessem à tenra idade.

É certo que a velocidade da produção do conhecimento biotecnocientífico permitiu (e seguirá avançando nesse sentido) a identificação de diversos genes e sua associação com inúmeras doenças genéticas, inclusive não apenas doenças monogênicas graves de manifestação precoce, mas também de desordens genéticas cuja manifestação acontece de forma tardia (após a juventude)²⁶⁵, tendo permitido ainda relacionar fatores genéticos com doenças consideradas multifatoriais²⁶⁶, abrindo um amplo leque de aplicações do DGPI nessa área²⁶⁷.

Nesse aspecto, a proposta de incluir as práticas seletivas para fins de gerar descendência e de evitar a transmissão de doenças graves e incuráveis à futura prole como recursos a serem garantidos pela liberdade reprodutiva não reduz as complexidades suscitadas pelas aplicações deste grupo, nem esgota todas as possibilidades da técnica para fins efetivamente terapêuticos, como a seleção de embrião HLA compatível com irmão afetado pela doença com o objetivo de, ao nascer, células tronco do cordão umbilical da criança seja usado no tratamento deste último (o caso dos *sibling babies*)²⁶⁸.

²⁶⁵ Como a Doença de Huntington (LEE et. al, 2018) e a esclerose lateral amiotrófica, dentre outras listadas pelo HFEA (<https://www.hfea.gov.uk/pgd-conditions/>).

²⁶⁶ Como o câncer de mama, ovário e estômago. Coferir os trabalhos de IDIAKEZ (2012) e LEE et. al (2018). Também consta na lista do HFEA, a testagem para a doença de Alzheimer com manifestação precoce (<https://www.hfea.gov.uk/pgd-conditions/?page=2>). Também no site da igenomix (https://www.igenomix.com.br/lista-de-doencas-catalogadas?_hstc=76965834.) consta a testagem para Autismo, cuja manifestação também depende de fatores ambientais.

²⁶⁷ No site da multinacional Igenomix, estão listadas mais de 300 doenças a serem diagnosticadas pelo DGPI, a HFEA no Reino Unido já lista mais de 400 (<https://www.hfea.gov.uk/pgd-conditions/>).

²⁶⁸ Prática seletiva também conhecida como seleção com finalidade terapêutica para terceiro (IDIAKEZ, 2012). Nesses casos, a seleção embrionária ocorre com um duplo propósito: livrar a futura criança da herança genética que acometeu o irmão atual de enfermidade grave e garantir a compatibilidade de certos fatores sanguíneos do embrião selecionado com o seu irmão doente, já que ao nascer células do seu cordão umbilical serão retiradas para fins de tratamento e cura do irmão debilitado (IDIAKEZ, 2012). Por essa razão, esse tipo de prática tem sido acusada de promover uma “instrumentalização da vida humana” e, conseqüentemente, uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Muito embora não tenha sido possível dedicar uma análise dessa hipótese com a profundidade que o tema exige, em nosso entender, uma conclusão apressada e peremptória de ofensa à dignidade da pessoa humana seria difícil de se aceitar. Como ressaltado anteriormente, o critério da instrumentalização por si só – seja porque nem toda instrumentalização é “denegridora”, “coisificante” ou “degradante” (NOVAIS, 2016B), seja porque qualquer decisão reprodutiva encarna em alguma medida a ideia de instrumentalização (“ter um filho para”) – não pode ser utilizado para extrair conteúdos objetivos do princípio. A instrumentalização atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana não é indiferente aos seus fins e meios utilizados. Na hipótese de seleção de embriões HLA compatíveis, não está autorizada a violação da integridade física da futura criança, o material doado é colhido do cordão umbilical e, sua finalidade além de poder contribuir para o possível tratamento e cura de um irmão que já não tem mais grandes expectativas de vida, é também integrar outro membro à família, especialmente sem as mesmas debilidades fatais do(s) outro(s). Em verdade, nas palavras de Novais (2016 B, p.176), muitos se sentiriam profundamente gratificados por ter “contribuído para salvar a vida de um irmão ou a uma irmã e a ligação afectiva que hoje nos une aos irmãos e família só seria reforçada e enobrecida por um tal acontecimento”, de modo que resulta bastante temerário invocar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana para proibir veementemente tal prática. Com questiona ainda argutamente Novais (2016 B, p.176): “Ora, se a pretensa vítima não se sente vítima, e se o beneficiário só pode estar grato, se a família tomou uma decisão de forma livre e esclarecida, que direito terão outras pessoas, em nome de concepções confessionais, ideológicas ou filosóficas de que não compartilhamos, interferir e ditar como deveremos viver nossa vida e, para o que nos importa, fazê-lo em nome

A proposta defendida na tese é que se compreenda como posições jurídicas *prima facie* decorrentes da liberdade reprodutiva, a faculdade para aceder às práticas seletivas com a finalidade de gerar descendência ou de evitar a transmissão de doenças graves e incuráveis, cuja regulamentação do legislador democraticamente legitimado poderá resultar em restrições justificadas, razoáveis e proporcionais ao seu exercício em face de outros bens jurídicos a serem protegidos. Essa margem de atuação restritiva, no entanto, fica reduzida em razão dos argumentos normativos analisados no capítulo terceiro os quais, à exceção do dever de proteção da vida humana e do princípio da vedação da não discriminação²⁶⁹, não consistem em fundamentos fortes para se afastar a liberdade nas aplicações da seleção embrionária cujo objetivo é possibilitar a descendência biológica ou a prevenção de doenças graves e incuráveis na futura prole.

As incertezas técnicas lançadas pelo grau de risco de manifestação da doença, pelo próprio conceito de gravidade da enfermidade – e os elementos que o integram como avaliação sobre a cura, sobre tratamento disponível e impacto da doença na história familiar – assim como as incertezas de caráter jurídico relativas às das zonas de penumbra de algumas aplicações nas quais fica difícil determinar o grau de poderes conferidos a futuros pais para dispor e configurar futuras crianças (doenças multifatoriais, por exemplo), não são capazes, contudo, de afastar a importância de se garantir a liberdade de acesso a certas aplicações seletivas como posição jurídica protegida pela liberdade reprodutiva.

Como adverte Fabre-Magnan (2004, p.213), “o fantasma do conhecimento absoluto” não pode constituir impedimento para se fixar critérios jurídicos razoáveis entre o permitido e o proibido no campo das aplicações biotecnológicas. Essa tarefa carrega em si a necessidade de se operar com critérios flexíveis, que respondam adequadamente ao desenvolvimento dinâmico da tecnologia e as incertezas dela decorrentes. Em outras palavras, e ainda segundo

de um princípio, a dignidade da pessoa humana, que enquanto princípio constitucional de Estado de Direito só pode ter um sentido inclusivo e não partidário?” (NOVAIS, 2016 B, p.176).

²⁶⁹ Quanto mais amplo o espectro de doenças autorizadas, inclusive para alcançar certos graus de deficiências mental ou física ou qualquer outra condição médica incapacitante aumenta-se o risco de se afetar o princípio da vedação de discriminação, não propriamente porque a seleção revelaria um tratamento discriminatório dado aos embriões *in vitro* em razão de sua condição médica (como visto no capítulo anterior), mas porque a seleção com base em características pessoais ampla e historicamente utilizadas pela sociedade para discriminar pessoas e situá-las em situação de desvantagem atenta contra a dimensão objetiva desse princípio que exige a proteção estatal por meio de medidas redutoras das práticas discriminatórias. Ademais, vale registrar a força restritiva que tal princípio pode assumir em relação à limitação das práticas seletivas com finalidade de evitar a transmissão de doenças decorrente da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2009, como emenda à Constituição. Em seu artigo 4º, a Convenção trata das obrigações dos Estados partes, tais como a de “b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;” e de “e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada.”, as quais podem resultar em futuras restrições legislativas à seleção genética embrionária.

o ensinamento de Fabre-Magnan, a linha divisória entre o lícito e ilícito, desde que não seja arbitrária, pode ser fixada um pouco antes ou um pouco depois em caso de dúvida, de modo a viabilizar uma margem de ação possível.

Por outro lado, as incertezas que comportam o termo “doenças graves” para fins de legitimação do uso do DGPI como exercício da liberdade reprodutiva chamam a atenção para pontos essenciais. O primeiro deles alerta para a necessidade de elaboração de um marco legal regulatório no país sobre o uso da seleção embrionária pré-implantacional, haja vista a facilidade com que a técnica pode de fato ser utilizada para outros fins.

O segundo ponto se relaciona com as limitações técnicas do poder legislativo para estabelecer e definir quais doenças entrariam nessa categoria e, em razão disso, entra em cena a discussão sobre a criação de órgãos, sejam eles oficiais ou privados, que irão identificar, listar, fiscalizar ou até mesmo autorizar (a depender do traçado legal), em casos mais difíceis, as aplicações do DGPI.

Outro ponto agregado a este é o necessário debate sobre a concentração dos poderes para tomar decisões no âmbito das atividades relacionadas à seleção genética embrionária, se tais poderes devem ficar concentrados nas mãos dos especialistas (os médicos) ou dos bioeticistas, ou de conselhos ou comitês de ética interdisciplinares ou ainda se a sociedade também deve participar de algum modo desse processo de tomada de decisão que, em razão da evolução técnico-científica, deverá ser uma participação contínua e dinâmica. O marco legal é necessário não apenas para manter a liberdade reprodutiva em compasso com os deveres reprodutivos e com outras normas do sistema jurídico, mas principalmente para definir um modelo de regulação que viabilize a participação e o controle e da sociedade sobre as aplicações de seleção embrionária que lhes são aceitáveis.

Por tais aspectos, reputa-se essencial a análise de algumas experiências jurídicas de regulação da seleção embrionária pré-implantacional no direito comparado e seu confronto com o modelo atualmente vigente no Brasil.

2.3 Modelos de regulação jurídica da seleção embrionária pré-implantacional do Direito Comparado e o modelo deontológico existente no Brasil (Resolução nº 2168/2017 do CFM)

Neste tópico, discute-se o tratamento jurídico e os modelos de regulação adotados por quatro países europeus (Alemanha, França, Reino Unido e Espanha) que, ao admitirem o uso limitado seleção embrionária pré-implantacional, também criaram mecanismos (uns mais flexíveis ou outros mais rígidos) de autorização, fiscalização e controle sobre as práticas seletivas, essenciais não apenas para a operacionalização das incertezas técnicas e

preenchimento de lacunas dos textos legais (quais doenças devem ser consideradas “graves” ou “incuráveis” ou ainda de “alto risco” de transmissão?), como também para a manutenção do exercício da liberdade reprodutiva dentro dos limites socialmente aceitáveis.

Do grupo indicado, a Alemanha foi o país que mais resistiu à autorização legal da seleção embrionária. Não tendo assinado nem mesmo a Convenção Europeia sobre direitos Humanos e Biomedicina em 1997 (instrumento que autorizava o DGPI sob certas condições), o país sempre teve uma forte regulação protecionista sobre o tratamento a ser dado ao embrião humano nos procedimentos de reprodução assistida e em pesquisas sobre células tronco-embrionárias (WÜLFINGEN, 2016). Mesmo sem qualquer menção expressa na lei de proteção do embrião (ESchG -até 2011) ou na lei dos diagnósticos genéticos (GendDG/2010), parte da doutrina defendia que o DGPI representava um tratamento indevido dado a embriões humanos²⁷⁰ e, portanto, proibido pela lei alemã (ROBIENSKI, 2010; WÜLFINGEN, 2016).

Em 2010, entretanto, uma decisão da Corte Federal Alemã sobre a licitude das aplicações do DGPI realizadas por um ginecologista em diversos casais com predisposição às doenças genéticas graves entre os anos de 2005 e 2006, assentara o entendimento de que a seleção genética por meio do DGPI, quando destinada a assegurar o êxito da gravidez ou a evitar a transferência de um embrião portador de grave doença genética, não violava a lei de proteção do embrião (ROBIENSKI, 2010). A harmonização do DGPI com o estatuto do embrião e sua autorização legal foi vista por alguns como a posição mais compatível em face da lei federal que permitia o aborto seletivo após o diagnóstico genético pré-natal (WÜLFINGEN, 2016), de modo que a própria Corte chegou a defender o papel que o recurso ao DGPI poderia desempenhar na redução dos riscos de aborto tardio em função dos resultados do diagnóstico pré-natal (ROBIENSKI, 2010).

Após essa decisão, em 2011, o parlamento alemão se mobilizou e aprovou uma emenda ao estatuto do embrião para incluir expressamente a previsão do DGPI no país, as condições de sua realização e os mecanismos de controle e fiscalização. Em princípio, a realização do DGPI foi criminalizada, restando excepcionalmente autorizada quando um dos prospectivos pais ou ambos tiverem uma predisposição genética que indique um alto risco da

²⁷⁰ Em razão do parágrafo 1º da Secção 2 da lei de proteção do embrião; “*Whosoever sells a human embryo created outside the woman’s body, or removed from the woman before the completion of implantaion in the uterus, or makes it available, or acquires or uses it for a purpose other than its preservation, shall be punished with up to three years imprisonment or a fine.*” *Act for the protection of embryos (The embryo protect Act)*, versão em inglês disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/E/ESchG_EN_Fassung_Stand_10Dez2014_01.pdf, acesso em 20/01/2019.

descendência ser afetada por doenças genéticas graves²⁷¹. Também fora permitido o DGPI para identificar anomalias cromossômicas com alta probabilidade de provocarem partos prematuros e abortos (função do PGS)²⁷².

São condições para autorização do DGPI nessas hipóteses: 1) ser realizado em centros licenciados especificamente para realização do DGPI; 2) constância do termo de consentimento livre e esclarecido (após aconselhamento médico, psicológico e social) da mulher de quem os óvulos foram extraídos; 3) a aprovação do pedido pelo comitê de ética interdisciplinar do centro licenciado, que ficará responsável por verificar caso a caso a presença das hipóteses previstas na legislação e 4) sua realização por um médico qualificado e atuante em centro licenciado com recursos médicos e tecnológicos adequados às exigências do procedimento (ESchG, §3º, Section 3).

O regulamento editado pelo governo federal em 2013 estabelece os requisitos específicos para o licenciamento dos centros de reprodução assistida autorizados a realizar o DGPI, determina que os Estados emitirão a autorização para o funcionamento desses centros em suas regiões e também ficarão responsáveis por criar os comitês de ética interdisciplinares independentes que atuarão em cada centro licenciado com a função de aprovar os requerimentos de realização do DGPI²⁷³. Os comitês de ética serão compostos por quatro médicos especialistas, por um membro com formação em ética e em biodireito e por um representante das associações que defendem os interesses das pessoas com deficiência. Aos membros dos comitês é assegurado independência em suas decisões e ações, podendo requisitar a visita de experts nas doenças alegadas, solicitar relatórios médicos ou científicos ou entrevistar pessoas (PIDV, §4).

Os comitês têm o prazo de três meses para se manifestar sobre cada pedido por escrito e, após analisar a lista extensa de documentos necessários, realizar as diligências necessárias assim como avaliar as implicações psicológicas, sociais e éticas em cada caso, dar

²⁷¹ Secção 3 do ESchG “(1) Whosoever subjects the cells of an embryo to in vitro genetic screening prior to its intrauterine transfer (pre-implantation genetic diagnosis) shall be punished with up to one year's imprisonment or a fine. (2) Where the genetic pre-disposition of the woman from whom the egg cell was collected, or that of the man producing the sperm cell, or both, suggest that their offspring will be highly - 3 - likely to have a serious genetic illness, it shall not be an offence for anyone who intends to bring about a pregnancy to subject the cells of the embryo to state-of-the-art in-vitro genetic screening for this illness prior to intrauterine transfer, if the woman from whom the egg cell was collected gives her written consent.”

²⁷² Segunda parte do parágrafo segundo da Secção 3 do ESchG: “Nor shall it be an offence for anyone to carry out, with the written consent of the woman from whom the egg cell was collected, pre-implantation genetic diagnosis in an embryo to identify an abnormality that would be highly likely to lead to still-birth or miscarriage.”

²⁷³ “Preimplantation Diagnostics Ordinance of 21 February 2013 (Federal Law Gazette I p. 323), amended by Article 3 of the Ordinance of 2 July 2018 (Federal Law Gazette I p. 1078)”, disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/pidv/BJNR032300013.html>, regulamento conhecido pela abreviação em alemão como PIDV.

o parecer sobre a aprovação da aplicação sempre com fundamento último nas hipóteses estabelecidas na lei. O regulamento cria ainda a figura do escritório central de informações e processamento de dados sobre todas as aplicações autorizadas de DGPI e dos ciclos de FIV em que ele fora realizado em todo país, pelo qual impõe aos centros licenciados o dever de informar e reportar toda documentação registrada anualmente ao escritório central, sendo que este por sua vez, ficará responsável por emitir relatórios, sempre que solicitado ao Ministério da Saúde (PIDV, §§8-9).

Apesar das estritas condições legais e regulamentares que limitam e dificultam a realização da seleção genética na Alemanha, há quem defenda que o cambio legal represente uma mudança cultural mais profunda sobre concepções tradicionalmente arraigadas na sociedade e no direito alemães sobre a proteção do embrião e a defesa dos interesses dos pais em momento anterior à gravidez.

Como enfatiza Wülfingen (2016), a admissão do DGPI no país foi acompanhada de mudanças nos fundamentos básicos de defesa dos direitos do embrião antes da concepção, antes reputados como fundamentos categóricos – para quais as exceções de tratamento são inadmissíveis – para os fundamentos utilitaristas que levam em consideração o peso do sofrimento na vida dos adultos envolvidos e na vida da futura criança. A base para a aceitação do DGPI, mesmo em situações excepcionais, passa a ser o direito à autodeterminação dos futuros pais, os quais outrora não figuravam como interessados legítimos que pudessem enfrentar oposição aos interesses de proteção do embrião *in vitro*. Os conceitos de gravidez e parentalidade são ampliados para momentos anteriores à implantação embrionária no útero, de modo que os interesses dos futuros pais são agora também considerados para efeitos de determinação dos limites da proteção do embrião, fortalecendo a consolidação de uma visão comunitária, de negociação e ponderação entre os interesses do embrião protegidos pelo Estado e os interesses legítimos dos futuros pais (WÜLFINGEN, 2016).

Nesse sentido, poder-se-ia mesmo reconhecer o espaço (embora enquadrado, limitado e vigiado) conferido pela legislação alemã à liberdade reprodutiva dos futuros pais, permitindo que esta, na medida da regulação nacional, se mantenha dentro nos níveis aceitáveis pela comunidade.

Na França, o DGPI é permitido desde 1994, mas também em caráter excepcional. Uma alteração no código de saúde pública introduziu a possibilidade de realizar o “diagnóstico biológico” em células do embrião *in vitro*, após atestado de um médico especialista atuante em centro de diagnóstico autorizado por órgãos do governo (mais especificamente pela Comissão Nacional de Medicina e Biologia e pela Comissão Nacional

de Organização sanitária e social)²⁷⁴. O parecer médico à época deveria indicar que o casal, em razão de sua herança genética, teria uma alta probabilidade de conceber uma criança com uma doença genética grave e incurável ao tempo do diagnóstico²⁷⁵. Desde 1994, a lei francesa proíbe a utilização do DGPI para outros fins que não seja o rastreio de enfermidades e a prevenção e o tratamento de doenças.

As alterações do código por leis posteriores trouxeram mudanças na estrutura da fiscalização e controle da realização do DGPI, muito embora as hipóteses legais para sua autorização tenham praticamente permanecido as mesmas. Em 2004, fora criada a Agência de Biomedicina, um órgão estatal, subordinado ao Ministério da Saúde, responsável, dentre outras atribuições²⁷⁶, por autorizar os estabelecimentos de reprodução assistida a operarem especificamente com o DGPI²⁷⁷.

Além disso, desde 2011, o procedimento só pode ser realizado por especialistas previamente aprovados pela agência. No mesmo ano, fora também introduzido a regulamentação do uso do DGPI como recurso terapêutico para terceiros nas seguintes condições: 1) o casal solicitante do DGPI ter tido uma criança portadora de doença genética grave e fatal durante a primeira infância, reconhecida como incurável à época do diagnóstico e 2) e o prognóstico de vida melhorar consideravelmente com a terapia gênica de células provindas da criança nascida como resultado da seleção genética pré-implantacional²⁷⁸. Nesse

²⁷⁴ Lei n. 94-654 de julho de 1994, relativa à doação e utilização dos órgãos e tecidos humanos, da reprodução assistida e do diagnóstico pré-natal, que altera o código da saúde pública, texto disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618&categorieLien=id>

²⁷⁵ Art. 14. - *Il est inséré, après l'article L. 162-16 du code de la santé publique, un article L. 162-17 ainsi rédigé:*

<< Art. L. 162-17. - Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes: << Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

²⁷⁶ Lei nº 2004.800 de outubro de 2004, relativa à bioética que modificou e alterou vários dispositivos do Código da Saúde Pública. Alterações posteriores resultaram na redação atual dos Arts. L1418-1, L1418-1-1, L1418-2 a L1418-8, nos quais estão dispostas as funções, composição e atribuições fiscalizatórias da Agência de Biomedicina.

²⁷⁷ Conforme redação original do Art. L2131-4 do Código de Saúde Pública: “*Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter. Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418-1*”.

²⁷⁸ Na redação do Art. L2131-4-1: “[...] *le diagnostic préimplantatoire peut également être autorisé lorsque les conditions suivantes sont réunies: -le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ; -le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero, conformément à l'article 16-3 du code civil ; -le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.*”

caso, o DGPI teria uma dupla função: a de prevenir a incidência da mesma doença genética grave na futura prole como também a função auxiliar de tratamento para terceiro (o irmão acometido pela doença), porém, nesse caso só poder ser realizado após deliberação e autorização da Agência de Biomedicina²⁷⁹.

Os centros autorizados deverão entregar um relatório anual à agência de Biomedicina sobre suas atividades com o DGPI e a agência, por sua vez, deverá elaborar um relatório contendo, dentre outras avaliações, a análise sobre suas aprovações às solicitações do DGPI enviadas pelos centros, assim como um balanço geral sobre a implementação do procedimento naquele ano. O relatório será enviado ao Parlamento francês (que o debatará na semana reservada ao controle da atuação do governo federal), ao Governo Federal e ainda ao Comitê de Ética Nacional²⁸⁰. Papel importante desempenha o Comitê, na medida em que é um órgão do governo de caráter consultivo, que promove o debate e a reflexão ética e social acerca dos impactos que o progresso tecnocientífico no campo da biologia, da medicina e da saúde provoca.

O art. L1412-1-1 do Código de Saúde Pública condiciona a discussão de todos os projetos legislativos de reforma sobre as questões do progresso científico nessas matérias à realização prévia de debates públicos promovidos pelo Comitê de ética Nacional em forma de convenções gerais, as quais reúnem cidadãos das mais diversas representações sociais, escolhidos pelo Comitê conforme os critérios de independência, pluralismo e pluridisciplinariedade, para discutir e elaborar um relatório final sobre a questão debatida. Além disso, o Comitê também fica responsável pela criação de espaços de reflexão ética por todo o país em colaboração com os centros médicos hospitalares com o objetivo de formar, registrar e de indicar as mudanças interdisciplinares sobre as questões éticas no domínio da saúde.

Embora a legislação francesa tenha admitido a seleção genética desde a década de noventa, a regulação em torno das hipóteses legais em que ela é admitida é bem mais restritiva do que a recente legislação alemã. Ao contrário desta, na França não se admite o escaneamento genético para fins de identificação de aneuploidias que possam causar abortos

²⁷⁹ Conforme a alínea quarta do Art. 2131-4-1: *“le diagnostic mentionné au premier alinéa a pour seuls objets de rechercher la maladie génétique ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter, d'une part, et de permettre l'application de la thérapeutique mentionnée au troisième alinéa, d'autre part.”*

²⁸⁰ Conforme Art. L1418-1-1 do Código: *“L'Agence de la biomédecine établit un rapport annuel d'activité qui est rendu public et qu'elle adresse au Parlement, qui en saisit l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, au Gouvernement et au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Ce rapport expose les principaux développements des connaissances et des techniques pour les activités relevant de sa compétence ainsi que dans le domaine des neurosciences. Il comporte également : 3° Un bilan sur la mise en œuvre des diagnostics préimplantatoire et prénatal ; “*

ou partos prematuros (ou seja, o PGS), mas apenas o DGPI para doenças monogênicas graves e incuráveis (GIRARDET *et. al*, 2017).

Como registram Girardet *et. al* (2017), essa utilização do DGPI representa apenas 20% da seleção genética realizada em todo o mundo, sendo que a maior parte dos ciclos em que ela é realizada é de fato para escanear, identificar e selecionar embriões livres de aneuploidias (PGS), hipótese até o presente vedada na França.

A excepcionalidade do DGPI no país é demonstrada nos dados coletados pelos autores: 1) entre 2003 e 2015, apenas 724 casais foram elegíveis para realizar o DGPI no centro pesquisado (Hospital de Montpellier); 2) apenas quatro hospitais públicos estão autorizados a realizar o procedimento pela Agência de Biomedicina 3) a quase a totalidade do público atendido é francês, afastando a presença do “turismo reprodutivo” na França; 4) o processo de autorização do DGPI é longo e demorado, durando em média de 8 a 18 meses desde o parecer do médico especialista até o início do tratamento e 5) existem longas filas de espera, já que o procedimento é coberto pelo sistema público de saúde (GIRARDET *et. al*, 2017).

A configuração legislativa e regulamentar da seleção genética na França, aproximando seu tratamento das prestações na área de saúde pública e vedando sua exploração pela iniciativa privada torna o campo da liberdade reprodutiva bem menor, o que tem levado mesmo a alguns autores a questionarem se de fato existiria liberdade reprodutiva no país (HENNETTE-VAUCHEZ, 2009). Não obstante o peso da crítica, os limites fixados pelo sistema jurídico francês à seleção embrionária pré-implantacional se encontram entre aqueles “mais aquém” mencionados por Fabre-Magnan, resultam de uma intensa intervenção estatal e do esforço político e social de enquadrar a liberdade reprodutiva segundo critérios minimamente tolerados.

Ao contrário da Alemanha e da França, Reino Unido e Espanha têm legislações mais flexíveis e modelos regulatórios que permitem tanto a ampliação constante das aplicações e procedimentos associados à seleção genética como a expansão do serviço e sua oferta na rede privada.

No Reino Unido, os tratamentos, técnicas e práticas de reprodução assistida estão regulamentados na Lei de Fertilização e Embriologia Humana de 1990 e suas emendas sofridas em 2008²⁸¹. Tanto o PGS como o PGD é admitido. O primeiro é indicado 1) nos

²⁸¹ Human Fertilization and Embriology Act 190 e Human Fertilization and Embriology Act 2008. Este último disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf. A regulamentação consta no Código de Prática elaborado pela Human Fertilization and Embriology Authority (HFEA).

casos de anormalidades genéticas, cromossômicas ou mitocondriais capazes de afetar o nascimento com vida ou ainda 2) quando é atestado um risco significativo de que pessoas portadoras de tais anomalias possam desenvolver uma grave condição médica (HFEA GUIDANCE, 2019, p. 98). Já o DGPI é autorizado nos casos de riscos significativos da futura criança nascer com 1) grave deficiência física ou mental; 2) doença grave ou 3) qualquer outra grave condição médica (HFEA GUIDANCE, 2019, p. 101). A seleção de sexo por motivos sociais é proibida, salvos nos casos de doenças, deficiências ou quaisquer condições médicas graves relacionadas ao sexo (HFEA GUIDANCE, 2019, p. 102).

A lei criou um órgão regulador – Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA) – responsável, dentre outras atribuições, por licenciar os centros de reprodução assistida, exercer o controle de qualidade e inspeção dos serviços prestados (bem como do cumprimento de normas legais e regulamentares), por estabelecer princípios regulatórios para atuação dos centros, e por elaborar uma lista de enfermidades e condições incapacitantes para as quais o uso do DGPI é autorizado²⁸². O HFEA tem o dever também de coletar anualmente as informações sobre todas as práticas dos centros, inclusive as que envolvem as aplicações do DGPI, cabendo-lhe ainda a obrigação de criar um banco de dados com essas informações e de elaborar e encaminhar um relatório anual sobre suas atividades ao Secretário Geral de Estado, que assegurará a distribuição de cópias do relatório ao Parlamento.

Como informa Idiakez (2012), o número de enfermidades inicialmente licenciados pelo HFEA não passava de cinquenta, tendo como critérios de inclusão o fator da monogenia ligada a enfermidades graves, incuráveis, de alta probabilidade de desenvolvimento e de manifestação precoce. Atualmente, como registra o site da instituição, o DGPI pode ser utilizado para diagnosticar mais de 400 enfermidades, deficiências ou condições médicas gravemente incapacitantes. A ampliação da lista é acompanhada de consultas públicas periódicas sobre as recomendações emitidas pelo comitê de ética do órgão. Desde 2006, e após intenso debate, foi autorizada também a utilização do DGPI para doenças multifatoriais,

Consultamos a nona edição do Code of Practice, publicada em janeiro de 2019 e que se encontra disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.hfea.gov.uk/media/2793/2019-01-03-code-of-practice-9th-edition-v2.pdf>.

²⁸² As funções do HFEA constam nos Arts. 6º a 10 do *Human Fertilization and Embriology Act* 2008, combinado com as disposições do Anexo 2 da mesma lei. Um comitê especial avalia, discute e decide quais novas aplicações do DGPI serão admissíveis conforme as diretrizes legais- o *Statutory Approvals Committee* (SAC). Como informa o próprio site da instituição(<https://www.hfea.gov.uk/about-us/our-authority-committees-and-panels/>.) se o DGPI for solicitado para alguma condição não prevista na lista, caberá um procedimento de recurso a um comitê independente e imparcial, composto de membros externos ao HFEA, o Comitê de Apelação (*Appeals Committee*).

de baixa probabilidade de desenvolvimento em razão do fator genético e de manifestação tardia, como o câncer de mama, de estômago e de ovários (IDIAKEZ, 2012)²⁸³.

A plasticidade da legislação e da regulação no Reino Unido, a qual permite, de forma diametralmente oposta ao caso francês, a ampliação das hipóteses permitidas de utilização do DGPI com o fim de evitar a transmissão de enfermidades assim como a expansão da oferta do serviço a centros particulares autorizados²⁸⁴ parecem demonstrar que os limites fixados para o exercício da liberdade reprodutiva na região estão “mais além” daqueles que justificaram a regulamentação inicial da seleção embrionária: a presença do alto risco de transmissão de doenças monogênicas graves, incuráveis e de manifestação precoce. Apesar disso, o modelo regulatório, notadamente as consultas públicas realizadas pelo HFEA antes de alterar a lista de aplicações do DGPI, permite uma aproximação constante entre os interesses do órgão político regulador, as questões éticas trazidas por comitês especializados e as expectativas sociais acerca das funcionalidades da seleção embrionária.

Na Espanha, a Lei sobre técnicas de Reprodução Assistida (LTRA) de 2006 permitiu a realização do diagnóstico pré-implantacional nos seguintes casos (art. 12, parágrafo 1, alíneas a e b): 1) para a detecção de enfermidades hereditária graves, de aparição precoce e não suscetível de cura após o nascimento e 2) para detecção de alterações comprometedoras da viabilidade do embrião (função do PGS). As clínicas de reprodução assistida não necessitam, em regra, de autorização específica para realizar o diagnóstico genético, bastando para tal a licença de funcionamento daquele centro de reprodução assistida dado pela autoridade sanitária competente. Na hipótese de aplicações não autorizadas na lei ou ainda em casos de seleção embrionária com função terapêutica para terceiros, o parágrafo segundo do art. 12, exige a autorização expressa da autoridade competente após emissão de parecer favorável pela Comissão Nacional de Reprodução Assistida (CNRA).

Essa comissão é um órgão consultivo, com a função primordial de assessorar o governo central, os autônomos e os próprios centros de reprodução assistida e difundir os conhecimentos técnicos e científicos sobre a reprodução assistida. É um órgão oficial

²⁸³ Conferir lista das condições licenciadas em <https://www.hfea.gov.uk/pgd-conditions/?page=6>

²⁸⁴ Existe uma preocupação já evidenciada por alguns membros do HFEA com a expansão do mercado reprodutivo no Reino Unido. De acordo com Cheshire (2018), o mercado nessa área lucra anualmente cerca de vinte milhões de libras e a pressão econômica por vendas de produtos e serviços desnecessários ou de eficácia duvidosa associados a procedimentos de reprodução assistida aumenta, levando o órgão regulador a considerar as possibilidades de fixar regras no sentido de limitar tais tratamentos por entender que nesse caso, dentre outros aspectos, “the market has become corrupted.” (CHESHIRE, 2018, p. 2). A autora, membro do HFEA, sugere ainda que deve ser discutida, a título de proposta de alteração do *Human Fertilisation and Embryology Act*, a ampliação dos poderes do órgão, como a concessão de poderes de regulação econômica, para fixar preços e decidir sobre a oferta dos tratamentos “casados” com o intuito de proteger os pacientes consumidores dos serviços.

multidisciplinar, com integrantes do poder público nacional, das regiões autônomas, de sociedades científicas, corporações profissionais e de representantes dos usuários dos serviços (LTRA, art. 20). A Comissão Nacional também deve ser informada semestralmente pelas clínicas sobre toda a atividade envolvendo o diagnóstico pré-implantacional. A autorização de funcionamento, a fiscalização, o controle e a manutenção de um registro de informações sobre as práticas da reprodução assistida ficam a cargo, entretanto, das autoridades sanitárias competentes (art. 17 e art. 22).

Sobre as funções da CNRA, Pavone e Arias (2012) já alertavam para a transformação do órgão em parecerista técnico. Como registraram os autores, em 2007, o governo aumentou o número de cientistas no comitê, e em 2010, diminuiu o número total de integrantes, eliminando principalmente as vagas de representantes da sociedade civil e de ordens profissionais, com o objetivo de tornar a comissão mais “eficiente” em suas decisões. Ainda em 2010, uma mudança na legislação autoriza a CRNA a elaborar uma lista de doenças passíveis de serem detectadas pelo DGPI (lista ainda não elaborada até o momento) na tentativa de acelerar o processo de aprovação de algumas aplicações não expressas na lei (IDIAKEZ, 2012).

A ideia de manter um comitê multidisciplinar estabelecida inicialmente pela legislação para manter uma comunicação e debate sobre questões técnicas, científicas, éticas e sociais acabou na prática, sendo substituída pelas exigências de eficiência e economicidade do mercado reprodutivo (PAVONE e ARIAS, 2012)²⁸⁵. Outro problema relatado pelos autores que evidenciam a ineficiência regulatória é que a maior parte dos membros da CNRA são donos de clínicas de reprodução assistida e exercem, por meio dos embriologistas do comitê, uma pressão muito forte para intensificar o uso do PGS, já que ele, ao contrário do PGD²⁸⁶, é o mais solicitado para garantir o êxito das técnicas de reprodução assistida, aumento assim as chances da gestação bem sucedida.

Pavone e Funes (2018) reconhecem que a flexibilidade da legislação – ao não determinar circunstâncias específicas para a realização do PGS, nem exigir autorização específica para sua realização, ao mesmo tempo em que permite a realização do DGPI em

²⁸⁵ Pavone e Funes (2018) ressaltam, inclusive, que o setor privado tem historicamente ditado os rumos da regulação e dos procedimentos em reprodução assistida no país, atuando na definição de agendas, sugerindo problemas a serem discutidos e as soluções a serem adotadas. Pavone e Arias (2012) já afirmavam também que a legislação espanhola de 2006 seria uma resposta às necessidades e prioridades das clínicas privadas que incorporava muitas das práticas já disseminadas entre os centros de reprodução assistida antes mesmo de qualquer regulamentação jurídica.

²⁸⁶ Em trabalho mais recente, Pavone e Funes (2018) registram que 80% dos testes realizados no país dizem respeito ao PGS e que a Espanha é responsável por metade das práticas seletivas (PGS e DGPI) em toda a Europa.

hipóteses não previstas em lei, mas autorizadas pela CRNA – resultou em um quase irrestrito e massivo uso dos testes genéticos. Tais aspectos, aliados à ampla cobertura de usuários que podem aceder aos recursos da tecnologia reprodutiva no país, fazem da Espanha um destino bastante atrativo para o turismo reprodutivo na Europa (PAVONE e FUNES, 2018; ESPATERO, 2018). Sem um traço regulatório forte, as clínicas de reprodução assistida se multiplicaram ao longo dos anos no país, chegando até o ano de 2018 ao número de 383 estabelecimentos, incluídos os públicos (ESPATERO, 2018)²⁸⁷.

A experiência espanhola indica que um modelo de regulação descentralizado em diferentes órgãos estatais, a influência o peso da participação de integrantes do setor privado que explora os serviços de reprodução assistida nas decisões desses órgãos, assim como a insuficiente fiscalização dos procedimentos, notadamente daqueles que envolvem a seleção embrionária, suscita sérias dúvidas quanto à eficácia social e mesmo jurídica da legislação para conformar o exercício da liberdade reprodutiva aos ditames éticos, políticos, sociais e também jurídicos da sociedade como um todo.

A discussão dos modelos acima relatados evidencia que o ponto básico e inicial para a fixação de limites às práticas seletivas embrionárias passa pela necessidade de um amplo debate político e legislativo que, incorporando visões multidisciplinares, estabeleça diretrizes normativas para o uso das técnicas de seleção como o DGPI e o PGS.

Contudo, a análise também demonstra que a simples inclusão dessas pautas em textos legislativos não é garantia suficiente para dar conta das complexidades e riscos em torno das práticas seletivas. Um modelo de regulação eficiente – que responda efetivamente às necessidades de fiscalização, controle, do registro de informações, do regime sancionatório, de acompanhamento e de discussão sobre novas técnicas, levando em conta as implicações éticas e as expectativas sociais sobre as suas finalidades – é um elemento essencial para manter o exercício da liberdade reprodutiva conforme os padrões legais e, no caso brasileiro, também conforme os ditames constitucionais, identificados ao longo do trabalho.

Em nosso país, o tema é tratado apenas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) de nº 2168/2017, na qual o DGPI vem indicado em duas situações: 1) para selecionar embriões livres de alterações genéticas causadoras de doenças (não havendo

²⁸⁷ Na reportagem intitulada “El negocio milionário de la reproducción asistida em España: 400 clínicas, mucha desesperación y poco control.” do Jornal El español, Esparteiro (2018) também relata problemas que evidenciam o descontrole e ausência de fiscalização estatal sobre a prestação e qualidade dos serviços prestados no campo da reprodução assistida no país: pacientes reclamando da falta de informação por parte dos centros tanto públicos quanto privados, erros na ministração de medicamentos a pacientes em tratamento, falhas no sistema de criopreservação de embriões e pressão por consumo de produtos e serviços às vezes desnecessários ou ineficazes que incrementam exponencialmente o custo final do procedimento.

especificações sobre quais tipos de doenças poderá versar a seleção) e 2) para selecionar embriões HLA compatíveis com algum filho (a) do casal já afetado por doença, para fins de transplante de células-tronco ou de órgãos. Está vedada a utilização do DGPI como meio de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo para evitar doenças genéticas relacionadas ao sexo.

Não há menção expressa sobre o uso do PGS, nem sobre qualquer exigência de autorização de órgãos específicos, tal como um comitê de ética operando em cada clínica, para a realização do DGPI. Por outro lado, casos excepcionais, não cobertos pela resolução, podem ser remetidos ao Conselho Federal de Medicina para avaliação e autorização.

A resolução estabelece o dever dos centros e clínicas de reprodução assistida manter um registro permanente sobre os procedimentos de manipulação de embriões e sobre as provas diagnósticas a que é submetido o (a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças (sem precisar se o número de testes genéticos como o DGPI devem ser registrados, tampouco sua indicação específica). Como vimos no capítulo terceiro, o dever de reportar as práticas das clínicas com relação à manipulação de embriões foi estabelecido por meio da RDC n.23/2011 (Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa), que criou o sistema de coleta de informações SisEmbrio, o qual, contudo, não contempla os registros sobre os testes genéticos realizados em embriões pré-implantados.

Os problemas com o modelo chamado de deontológico – que compõe um conjunto de normas éticas norteadoras da prática profissional médica – são muitos. O primeiro parece ser o mais óbvio: ele não representa, em um tema onde o debate público é extremamente requisitado e necessário, os interesses da sociedade como um todo, mas apenas de um grupo específico, da classe médica. Ainda que se reconheça a função fiscalizatória e de controle que o conselho exerce sobre a profissão médica, de seu caráter oficial e público (considerado como autarquia especial) para regular o exercício e atuação dos profissionais, o debate sobre as técnicas seletivas provocam questionamentos e intensas discussões, as quais frequentemente transbordam os interesses de uma classe profissional, ainda que se trate daquela responsável por sua operacionalização.

A ausência de regulação jurídica específica sobre o assunto²⁸⁸ enquadrou a discussão apenas no círculo dos especialistas – médicos e bioeticistas –, alijando a própria sociedade de debater questões como a existência ou não da liberdade dos futuros pais para decidirem acerca

²⁸⁸ Embora constem, segundo dados do *site* da Câmara dos Deputados, quinze projetos de lei versando sobre algum tema relativo ou decorrente da Reprodução Assistida. Informação disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=945504.

da utilização do DGPI, sobre a (des)valorização da vida em estágio embrionário antes de sua implantação no útero, sobre os impactos que tais escolhas poderão ter sobre outros bens, valores e normas protegidos pelo sistema jurídico nacional e, ainda, sobre o papel ou função social que as tecnologias seletivas devem desempenhar em matéria reprodutiva. A experiência de outros países que se anteciparam na formulação de normas legais sobre o tema nos ensina que a discussão deve envolver os mais diversos setores da sociedade, não apenas cientistas, médicos e bioeticistas, mas também representantes da classe política e da sociedade civil.

O segundo ponto problemático do modelo deontológico vigente é a sua vagueza. O DGPI é permitido em caso de “alterações genéticas” causadoras de “doenças”. Quais doenças? Graves ou de menor gravidade ou de nenhuma gravidade? De manifestação precoce ou tardia? Monogênica ou multifatorial? Não existe menção à exigência de que os futuros pais (ou um deles) sejam portadores da alteração genéticas ou quanto ao risco de transmitirem essa alteração genética à descendência. Também não existe disciplinamento sobre o processo de tomada de decisões pelos especialistas e pelos centros sobre a necessidade ou não de realização do procedimento. De certo modo, a vagueza dos critérios facilita a realização dos testes sem parâmetros pelas clínicas de reprodução assistida e até mesmo contribuem para que ocorra, por parte do mercado reprodutivo, o estímulo massivo e ilimitado ao recurso dos testes genéticos, o que de certa forma deixa o caminho livre para que na prática o slogan “em busca do filho saudável” seja fomentado e disseminado.

Outra questão bem preocupante é a fragilidade do controle e da fiscalização que fica a cargo, conforme a resolução, dos Conselhos Regionais de Medicina. Em todos os modelos analisados (à exceção da Espanha) o órgão regulador tem uma composição multidisciplinar e a finalidade específica de assegurar o cumprimento da legislação e das normas regulamentares em relação às técnicas de reprodução assistida. Em alguns casos, os testes genéticos devem ser autorizados caso a caso diretamente pelo órgão (Alemanha), em outros; além de uma autorização geral para operar com os testes, exige-se a existência de comitês de ética internos (França e Reino Unido) que justifiquem ou rechacem, conforme padrões legais e regulamentares, a realização dos testes.

A experiência espanhola nos alerta para o fato de que uma regulação prioritariamente conduzida em prol dos interesses de uma categoria, aqueles dos profissionais que oferecem os procedimentos no mercado reprodutivo, tende a “expandir” o exercício da liberdade reprodutiva para planos não necessariamente compatíveis com as normas legais existentes ou com os interesses dos próprios usuários dos serviços.

No Brasil, as técnicas de reprodução assistida se desenvolveram a partir de iniciativas,

estímulo e investimento do setor privado (CORREA, 2001) e até hoje os serviços são explorados prioritária e majoritariamente por clínicas privadas, sem que seus custos tenham financiamento ou cobertura obrigatória pelos planos e seguros de saúde particulares. Ainda na década de oitenta e seguindo-se pela década de noventa, o Brasil vivenciou uma massiva difusão midiática, por meio de reportagens em revistas de repercussão nacional e da transmissão de novelas sobre temas afetos à reprodução assistida, a qual contribuiu significativamente para incrementar os serviços oferecidos pelo mercado reprodutivo no país, notadamente porque a representação midiática com frequência apresentava os novos procedimentos como simples, acessíveis e eficazes (CORREA, 2001). Em contrapartida, informações sobre os riscos do tratamento e das técnicas normalmente foram omitidas e questões éticas foram exploradas em tom sensacionalista (CORREA, 2001). De todo modo, as tecnologias reprodutivas ganharam legitimidade social no país e seguiram sendo exploradas e, posteriormente reguladas, pela própria classe médica.

Esse brevíssimo relato acerca do desenvolvimento do setor no Brasil indica que futura regulamentação jurídica da matéria poderá ser sofrer bastante influência da classe profissional que há décadas explora os serviços sem grandes restrições. Um efeito colateral dessa forma de atuação se verifica na questão do acesso às informações das atividades realizadas pelos centros. As dificuldades de acesso a informações sobre procedimentos, de contato com especialistas envolvidos nos centros e sobre acessibilidade a pacientes para fins de pesquisas científicas (como a realização de entrevistas ou aplicações de questionários) são relatadas nos trabalhos de Correa (2001) e Luna (2007). Sem coleta de dados e sem meios fiscalizatórios (como, por exemplo, auditorias nos centros de reprodução assistida), não há como de fato saber o que acontece em matéria de seleção genética embrionária no país.

A influência do setor privado repercute na elaboração dos projetos de lei sobre o estatuto da reprodução assistida. Existem em tramitação no Congresso Nacional atualmente dezessete projetos de lei²⁸⁹ que fazem alguma referência a condutas, procedimentos ou direitos e deveres decorrentes das técnicas de reprodução assistida, dos quais apenas cinco mencionam diretamente a seleção genética embrionária²⁹⁰. O PL 1135/2003 reproduz trechos *ipsi literis* da resolução n. 1358/92 do CFM²⁹¹ sobre o diagnóstico em embriões, sem avançar

²⁸⁹ Acompanhar diretamente no site da Câmara dos deputados (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=945504)

²⁹⁰ O PL 1184/2003, PL 1135/2003, PL 2061/2003, PL 4892/2012 e o PL 115/2015.

²⁹¹ “Art. 5º As técnicas de reprodução assistida não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo ou determinada geneticamente à criança que venha a nascer. Art. 15. As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente

no sistema administrativo de controle sobre os centros autorizados. Já o PL 1184/2003 restringe o diagnóstico genético para o caso de se evitar a transmissão de doenças ligas ao sexo, iniciando a discussão sobre os critérios mínimos de funcionamento a serem exigidos pelos centros autorizados²⁹².

O PL 2061/2003 volta a admitir a seleção de traços genéticos, como a seleção de sexo ou qualquer outro traço gnético com o fim de evitar à transmissão de doenças, voltando à redação da Resolução 1358/92 do CFM. Interessante disposição nesse PL trata da exigência da criação de Comissões de Ética pelo Conselho Municipal de Saúde ou na falta deste, pelos Conselhos Estaduais de Saúde que decidirão se tais comissões serão únicas ou específicas para cada estabelecimento²⁹³, disposição esta que não acompanha os demais textos propostos, inclusive os mais atuais.

O PL 4892/2012 amplia as hipóteses de realização do diagnóstico para fins de 1) verificação da viabilidade do embrião (sem especificar tecnicamente quais as alterações que podem ser detectadas, se envolvem as aneuploidias também detectáveis pelo PGS) e 2) com o objetivo de evitar a transmissão de doenças hereditárias “graves”, termo que não consta nas resoluções (nem nas antigas, nem na atual) do CFM, mas se reproduz no PL mais recente, o

indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica. § 1º Toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.” (PL 1135/2003)

²⁹² “Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que: Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis: VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente; VII – pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento. Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos: I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados; II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida; III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos § 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento. Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.” (PL 1184/2003)

²⁹³ “Art. 3º Compete ao Conselho Municipal de Saúde, ou na falta deste ao Conselho Estadual de Saúde, da localidade em que esteja localizado o estabelecimento que realizar os procedimentos de Reprodução Assistida, dispor sobre a instituição de Comissão de Ética para acompanhamento dos dispositivos desta Lei.

§ Único: A Comissão de Ética terá competência para acompanhar os procedimentos objeto desta lei em instituições públicas ou privadas, podendo ser única, ou específica por estabelecimento. Art. 4º O consentimento informado é obrigatório e extensivo aos receptores e doadores, por meio de documento escrito, testemunhado e acompanhado pela Comissão de Ética Art. 5º É vedado o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida com a intenção de selecionar o sexo, ou qualquer outra característica biológica ou étnica do futuro nascituro, exceto quando se trate de evitar doenças Art. 5º É vedado o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida com a intenção de selecionar o sexo, ou qualquer outra característica biológica ou étnica do futuro nascituro, exceto quando se trate de evitar doenças.” (PL 2061/2003)

115/2015²⁹⁴. O PL 4892/2012 também introduz um sistema de controle administrativo sobre as tecnologias reprodutivas, criando o Sistema Nacional de Reprodução Assistida, vinculado ao Ministério da Saúde e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que abrange o BCTG – Banco de Células e Tecidos Germinativos, o SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões e o Conselho Nacional de Reprodução Assistida (CNRA).

Composto de quatro profissionais da saúde, cinco médicos especialistas em reprodução assistida e quatro advogados também especialistas na matéria, o CRNA, órgão consultivo e de assessoramento, ficaria responsável pelo pronunciamento sobre questões éticas, sociais e legais decorrentes das técnicas de reprodução assistida. O órgão não teria função deliberativa, nem a proposta legislativa menciona a necessidade de autorização específica para a realização dos testes genéticos ou de processos de rotina dentro dos centros para avaliação e deliberação acerca das indicações médicas que solicitam os testes. O PL 115/2015 não traz inovações na matéria.

Pode-se observar, assim, que embora os últimos projetos intensifiquem as preocupações com um sistema de controle sobre as atividades dos centros autorizados a oferecer serviços de reprodução assistida, a redação sobre as hipóteses de seleção embrionária permanece a mesma e de forma muito semelhante à redação de resoluções do CFM sobre o assunto. Não obstante a presença do termo “graves” adjetivando as doenças as quais os centros estariam autorizados a realização dos testes genéticos, não se aponta quais mecanismos os mesmos centros ou os profissionais responsáveis farão a avaliação e justificação de inclusão dessas doenças nesse grupo.

Os projetos, todavia, ainda não passaram pela devida discussão parlamentar e até a última movimentação registrada no site da Câmara dos Deputados, consta apenas a indicação da Comissão de Constituição e Justiça para realização de uma audiência pública.

A ausência de tratamento normativo por parte do legislador brasileiro a despeito de uma prática consolidada profissional e socialmente, poderia suscitar questionamentos sobre se o tema da reprodução assistida em geral assim como especificamente a seleção embrionária não seria uma matéria que, estando regulada por outras espécies de normas sociais (como

²⁹⁴ “Art. 4º O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão. § 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões *in vitro* somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas. § 2º Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto. Art. 6º Os médicos não podem fazer uso das técnicas reprodutivas para os seguintes objetivos: IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;” (PL 4892/2012)

regras ético-profissionais, regras morais, regras de mercado) não se incluiria no chamado direito flexível, defendido por Carbonier (2001), no sentido de se tratar de uma matéria que não necessita de regras jurídicas para o seu desenvolvimento no trato social. Segundo Carbonier (2001), o fenômeno do não direito ou da desnecessidade do direito pode ser constatado quando a própria sociedade não exerce pressão social em defesa da figura legislativa, decorrendo daí um relaxamento ou mesmo ausência de regras e ainda quando a ênfase nas escolhas individuais permite o indivíduo a afastar o direito e criar o não direito.

É discutível a inteira aplicação da tese de Carbonier sobre a possível desnecessidade do direito para regulamentar as técnicas de reprodução assistida e as tecnologias seletivas, mesmo que elas já ocorram há anos na prática médica e social brasileira regida por normas éticas, normas mercadológicas e acordos de vontade entre os interessados. Isso porque vários são os problemas jurídicos gerados pelo desenvolvimento e implementação das técnicas, nos quais o recurso ao direito é imprescindível: as questões de filiação, conhecimento da identidade biológica do indivíduo e útero de substituição (prova disso foi a intervenção parcial do legislador em 2002, o qual implementou no Código Civil alguns dispositivos relacionados à prática). Além disso, a matéria não passa pela indiferença legislativa já que inúmeros projetos tramitam pelas casas parlamentares.

Por outro lado, não se pode desconsiderar a força que a tese de Carbonier exerce sobre o tema da seleção genética pré-implantacional, tratada sem muita atenção, detalhamento ou exigências tanto por parte das resoluções do CFM, quanto pelos projetos de lei sobre o assunto. Se é verdade que o tema dos possíveis efeitos eugênicos ou discriminatórios gerados por algumas aplicações dos testes genéticos são afastados, proibidos e até punidos penalmente em alguns projetos de lei e da mesma forma vedados nas resoluções do CFM, a utilização dos testes para fins de evitar a transmissão de doenças à descendência, sem grandes exigências ou limitações, tem se consagrado como opção social legítima de futuros pais que desejem recorrer às tecnologias seletivas para tais fins.

Vale considerar, no entanto, que os efeitos decorrentes das zonas de completa ausência do direito, áreas abandonadas às normas sociais e de mercado, nem sempre representam o incremento da liberdade dos indivíduos, podendo o simples retrocesso do direito resultar em expansão de outras formas de violência (RODOTÀ, 2010). Como já se advertiu com esteio em Rodotà (2010), a dinâmica entre direito e não direito é complexa, e a desvinculação total de qualquer dimensão jurídica pode fragilizar não apenas o exercício do poder individual frente a obstáculos que dificultem seu exercício, mas também outros bens jurídicos resguardados e considerados de igual importância.

Nesse aspecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encerra em si, a dialógica do espaço do não direito dentro do próprio direito. A busca pela redução dos efeitos dramáticos que essa interação poderá produzir, especificamente na temática relativa às práticas seletivas embrionárias em nosso país, passa pela escolha de uma estratégia adequada de regulação que mantenha os espaços de liberdade individual dentro dos limites traçados pelo próprio ordenamento jurídico.

Uma estratégia, na acepção de Morin (2000), compreende um plano de ação, dotado de determinadas características, mais eficaz na integração de fins complexos e na redução dos efeitos dramáticos produzidos pelos antagonismos entre os fenômenos sociais. Diversamente do programa, no qual as ações pré-estabelecidas seguem uma rota sequencial supondo sempre a certeza dos resultados e um ambiente estável, sem modificações ou interferências, a estratégia consiste na previsão de um conjunto de ações nem sempre sequenciais, aberto às “perturbações” exteriores do ambiente e que permite a sua modificabilidade durante seu curso. Isso acontece porque uma estratégia é elaborada a partir da consciência das complexidades dos fenômenos, dos riscos e das incertezas que os efeitos dessas ações comportam, da consideração da inversão dos resultados ou produção de efeitos imprevistos ou não pretendidos, prevendo sempre mecanismos de coleta de informações tanto sobre os resultados das ações como das mudanças operadas no meio ambiente, possibilitando, assim, se for o caso, a alteração na rota de determinadas ações.

Uma estratégia (no sentido atribuído por Morin) de regulamentação jurídica é necessária para integrar fins complexos previstos no ordenamento brasileiro, tais como a liberdade reprodutiva, o dever de proteção à humanidade intrínseca das futuras crianças, do valor da vida humana e do dever estatal de promover medidas que reduzam às discriminações contra pessoas com deficiências. Tal estratégia deve partir do reconhecimento de que as tecnologias seletivas produzem, ao mesmo tempo, resultados alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana e resultados que lhes são frontalmente contrários. Deve pressupor também as incertezas e os riscos que a própria regulamentação jurídica comporta, evitando técnicas (como a listagem das doenças autorizadas ao diagnóstico ou escaneamento genético) que possam produzir efeitos imprevistos ou mesmo contrários à intenção legislativa que é o de evitar o recurso generalizado às tecnologias seletivas.

A regulamentação deve também, como estratégia que incorpora a necessidade de coletar informações a mudanças contextuais, prever um sistema de fiscalização, controle e coleta de dados sobre as práticas seletivas, utilização dos testes diagnósticos e de escaneamento embrionário em todo o país (tais como a criação de uma agência ou comitê

nacional de reprodução assistida, além de comitês de ética estaduais multidisciplinares) e, por conseguinte estabelecer mecanismos de controle democrático para ajustar sua aplicação aos avanços da tecnologia (tais como as consultas públicas) e ferramentas para que, se necessário, altere-se o curso tomado pela utilização das tecnologias seletivas permitidas no país (análise contínua pelo legislativo do relatório das atividades, dados e informações fornecidas pelos centros especializados no país à agência/comitê nacional de reprodução assistida).

A análise do contexto regulativo nacional no trato das práticas seletivas, com suas ausências legais e presenças deontológicas restritas a prática médica, revela, portanto, um modelo completamente incompatível com a necessidade de se elaborar uma estratégia de regulamentação adequada, eficaz e democrática em um tema que exige a integração complexa entre a liberdade reprodutiva e outros bens tão igualmente apreciados e protegidos pelo direito.

Um problema ainda mais grave gerado pelo modelo deontológico vigente são as questões que deixa em aberto, notadamente as que suscitam as complexidades da seleção genética para fins de evitar a transmissão de doenças já ressaltadas acima e os riscos de que algumas dessas aplicações, como aquelas voltadas a assegurar o nascimento de um filho saudável, resvale na mesma problemática de práticas eugênicas ou perfeccionistas, resultando, assim, em um *déficit* de proteção do dever de respeito à humanidade intrínseca das futuras crianças.

CONCLUSÃO

Qualquer reflexão sobre a legitimidade moral, social ou jurídica das práticas de seleção embrionária, pela multiplicidade de interesses, valores e bens que comporta, é desafiadora e de forma especial relevante para o contexto da “era biotecnológica” em que estamos vivendo. Particularmente desafiadora se tornou a presente investigação jurídica sobre o tema – rico em complexidades técnicas e gerador de multifacetadas discussões jurídicas – em um ambiente de imaturo debate político, sujeito apenas a balizamentos abstratos e indeterminados previstos no texto constitucional, como o caso brasileiro.

A trajetória seguida na pesquisa, determinada prioritariamente pelo objetivo de identificar as (des)associações entre a liberdade reprodutiva e as práticas seletivas, incorporou o pensamento complexo e com ele a necessidade de ampliar a discussão do assunto levando em consideração diversos pontos de vista e de explorar as contradições inerentes aos fenômenos sociais que o direito pretende regular. Essa perspectiva de abordagem conduziu a exposição (na medida do possível) de posições opostas, a exploração de visões contrárias e ao recurso às versões críticas, não apenas para refutá-las, mas muitas vezes para incorporá-las à análise, evidenciando a rica complexidade em torno da seleção genética embrionária e, conseqüentemente, as dificuldades em se elaborar um tratamento jurídico adequado a ser dado à matéria.

Reivindicar um tratamento jurídico adequado a partir da liberdade reprodutiva significa primeiramente refutar as barreiras interpostas ao seu conceito enquanto categoria jurídica para tratar dos temas relativos à reprodução. A ampla controvérsia sobre a validade de um direito de liberdade reprodutiva decorre justamente de percepções reducionistas do fenômeno reprodutivo que o extremizam, seja sob seu aspecto natural ou biológico, transformando a reprodução em simples impulso da espécie e em uma “necessidade natural”, seja sob seu aspecto social, condicionando as condutas reprodutivas aos determinismos e pressões sociais, seja sob seu aspecto individual, deslocando a atividade reprodutiva ao absoluto império da vontade.

Uma perspectiva complexa do fenômeno reprodutivo que integra os elementos biológico/natural, sócio/cultural e subjetivo/individual – em atenção à própria natureza antropológica (também complexa) do ser humano – mas, ao mesmo tempo, compreende-os em constante antagonismo e oposição, subsidia o reconhecimento da categoria jurídica da liberdade reprodutiva em textos normativos internacionais e nacionais e fortalece o seu

desenvolvimento teórico, sem, contudo, perder de vista suas resistências, a dialógica existente entre vontade e impulso, entre o domínio do querer dos futuros pais e as pressões sociais para manter a reprodução dentro dos limites estabelecidos.

A integração complementar e antagônica entre os elementos do fenômeno reprodutivo, que não sintetiza, nem hierarquiza a natureza humana ao seu aspecto racional, permite manter uma concepção de liberdade positiva intrinsecamente limitada, mas possível, mesmo em meio a toda sorte de determinismos (naturais, físicos, biológicos, mentais, sociais, culturais, históricos) que condicionam a ação humana. Assim, ideias relacionadas com expressões da liberdade positiva, como a “autodeterminação”, “autodireção” e “vontade de ser o seu próprio mestre” não estão completamente afastadas do campo das decisões reprodutivas.

Especialmente no contexto sócio-cultural das revoluções reprodutivas analisadas no trabalho, as reivindicações pela liberdade nessa seara se transformam no discurso por direitos, elevando a discussão ao patamar das liberdades juridicamente protegidas.

No discurso jurídico, a consolidação de uma categoria para representar a liberdade no campo reprodutivo passa pelo enfrentamento da diversidade terminológica que acompanha o tema. Algumas nomenclaturas, como o direito à procriação/à reprodução, o direito ao filho e autonomia reprodutiva, causam grandes impropriedades com relação aos direitos de seus titulares e os deveres do Estado, funcionando muitas vezes como obstáculos à aceitação de direitos associados à reprodução ou mesmo como “munição” comumente utilizada para o desferimento de críticas razoáveis a tais direitos.

A expressão “direitos reprodutivos”, por sua vez, cumpre uma função didática. Permite incluir, enquanto categoria genérica dos “direitos associados à reprodução”, a proteção de liberdades civis e de direitos sociais às prestações materiais básicas a serem asseguradas pelo Estado no campo da saúde reprodutiva, da educação sexual e do planejamento familiar e exprime a íntima conexão entre o exercício dos direitos de liberdade e os direitos sociais, compatível com a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos.

A expressão liberdade reprodutiva se adequa, assim, às liberdades civis contempladas nos textos internacionais sobre a proteção dos direitos reprodutivos. Como espécie do gênero dos “direitos associados à reprodução” expressa a liberdade para decidir se, quando e como se reproduzir, sem a interferência do Estado e de terceiros.

A liberdade reprodutiva encontra assento no ordenamento jurídico brasileiro, com fundamento mais próximo no direito ao planejamento familiar (art, 226, §7º da CF), em sua dimensão negativa, e fundamentos mais remotos no direito ao livre desenvolvimento da

personalidade e da vida privada, devendo, portanto, ser considerada uma liberdade fundamental.

De acordo com a legislação e a jurisprudência nacional analisada sobre o assunto, a liberdade reprodutiva compreende atualmente algumas posições jurídicas definitivas tais como a liberdade de não procriar (o uso de contraceptivos, prática do aborto nos casos autorizados e a decisão sobre a esterilização cirúrgica), assim como a liberdade de procriar (elaboração do projeto parental, incluído aí o recurso à reprodução assistida e a decisão sobre o número de embriões a serem implantados).

O estudo da trajetória e da construção da liberdade reprodutiva no ordenamento jurídico brasileiro não permite com facilidade, nem à evidência, uma resposta à questão central da tese: as práticas de seleção genética embrionária se incluiriam entre as posições jurídicas protegidas pelo direito de liberdade reprodutiva?

O primeiro passo na busca de respostas passa pela tentativa de contextualizar e reformular o próprio âmbito protegido pela liberdade reprodutiva, para afastá-lo de concepções extremamente individualistas e reducionistas que concentram a liberdade reprodutiva na vontade dos indivíduos de terem ou não descendência.

A análise do contexto normativo constitucional da liberdade reprodutiva aponta os limites estabelecidos em forma de princípios jurídicos para delimitar o conteúdo desse direito, os quais são designados de deveres reprodutivos. O dever de proteção da dignidade da pessoa humana e de observância da paternidade responsável por parte dos futuros pais, se afastadas interpretações significativamente contestadas e outras que levam a extração de parâmetros contraditórios de um mesmo dispositivo constitucional, consistem em critérios funcionalizadores da liberdade reprodutiva que conduzem sua proteção apenas e na medida em que ela reflita o respeito pela humanidade intrínseca e o cuidado pelo bem estar da categoria de futuras crianças.

Nesse aspecto, o direito de liberdade reprodutiva no país não pode ser interpretado sobre determinada perspectiva reducionista que resulta em uma versão proprietária acerca das futuras crianças (e nesse mesmo sentido uma versão que produz efeitos antiliberais), conferindo ilimitados poderes de disposição aos seus futuros pais por meio da seleção genética embrionária ampla e irrestrita.

A presença dos deveres reprodutivos introduz uma perspectiva relacional na previsão normativa do direito de liberdade reprodutiva, condicionando-a ao dever de consideração, respeito e cuidado por quem virá, as futuras crianças. A partir daí o âmbito de previsão normativa da liberdade reprodutiva passa a compreender a liberdade de tomar decisões

reprodutivas (se, quando e como reproduzir) que respeitem a humanidade intrínseca das futuras crianças e expressem o cuidado pelo seu bem-estar futuro.

À dimensão relacional da liberdade reprodutiva agrega-se ainda uma perspectiva comunitária (semelhante à exigida pela harmonização necessária dos direitos fundamentais) resultante da constatação de que o exercício da liberdade reprodutiva pode afetar, em maior ou menor medida, diversos outros bens assegurados por normas constitucionais, sinalizando que qualquer extensão da liberdade reprodutiva às práticas seletivas deve ser compatível com o contexto “comunitário” no qual está inserida, o qual requer a proteção de outros bens e valores também considerados fundamentais para a sociedade.

Mesmo afastando-se a titularidade subjetiva do embrião *in vitro* para invocar direitos fundamentais próprios violados ou afetados pelas práticas seletivas embrionárias, tal perspectiva comunitária pode ser formulada a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cujo efeito é o de considerar os direitos fundamentais para além de sua função subjetiva (de trunfos contra o Estado), como uma ordem de valores fundamentais que pautam a atuação dos poderes públicos e geram para estes determinados deveres de proteção.

Sob essa ótica, enquanto formuladores de deveres de proteção dirigidos principalmente ao legislador, os direitos fundamentais à vida, ao patrimônio genético, à identidade pessoal da futura criança, à igualdade e a não discriminação se opõem, em maior ou menor medida, às práticas seletivas, a depender de suas finalidades, podendo consistir em fundamentos justificados para restringir o exercício da liberdade reprodutiva.

A inclusão/exclusão das práticas seletivas embrionárias na proteção da liberdade reprodutiva deve ser operada primeiramente a partir da interpretação do âmbito protegido desse direito, resultante da consideração dos elementos funcionalizadores dessa liberdade – como o dever de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, nos termos atribuídos no trabalho – e da sua relação com as finalidades das práticas seletivas.

Dessa forma, a seleção genética embrionária cujos objetivos estão voltados para o “melhoramento” das características físicas, intelectuais ou comportamentais, aquelas realizadas por motivos de pressão ou opressão social (como a seleção de sexo) e ainda aquelas cujo objetivo é a mera satisfação de preferências particulares dos futuros pais, especificamente em razão do alto grau de poderes que conferem a estes para configurarem e particularizarem futuras crianças – resultando, assim, em violação do dever de respeito da humanidade intrínseca das futuras crianças –, devem ser excluídas do conteúdo do direito de

liberdade reprodutiva, evitando-se sumariamente a invocação de qualquer liberdade de escolha sobre o tipo de filho que se quer ter.

As mesmas conclusões não são aplicáveis às práticas seletivas cuja finalidade é assegurar o êxito da gestação nos procedimentos de reprodução assistida ou evitar que futuros pais com risco genético (e muitas vezes com histórico familiar de sofrimento em decorrência de experiências vivenciadas em razão de enfermidades graves) transmitam doenças graves e incuráveis à descendência. Nesses casos em geral, o grau de poderes de disposição dos futuros pais por meio da seleção genética é mínimo e parece não representar violação da humanidade intrínseca das futuras crianças; ao contrário, as aplicações seletivas nesse grupo gozam de legitimidade social notadamente por estarem associadas aos resultados da ciência e da biotecnologia que contribuem para reduzir o sofrimento humano e para promoção de condições de existência digna.

O PGS quando indicado para aumentar as chances de êxito de uma gestação nos casos de abortos repetitivos ou idade materna avançada, é um recurso que viabiliza a realização do projeto parental e o exercício da liberdade reprodutiva. Já no DGPI o objetivo não é o sucesso da gestação ou o nascimento de uma criança, mas de uma criança livre de uma determinada doença genética grave. Para futuros pais com risco genético e especialmente os que já vivenciaram o sofrimento causado pela presença daquela enfermidade na família, a realização do teste e a seleção embrionária é o único caminho a ser seguido para realizar o projeto parental do filho biológico.

A importância que a reprodução biológica pode ocupar no desenvolvimento da personalidade e na configuração dos planos de vida de uma pessoa, o direito de fundar uma família e por meio dele a liberdade para escolher pela filiação biológica ou adotiva, o direito à condução da vida privada e até mesmo a liberdade de crença – para avaliar e julgar conforme seus valores morais e religiosos a decisão de trazer ao mundo uma criança gravemente doente – justificariam a inclusão da garantia de acesso a tais práticas seletivas no âmbito normativo da liberdade reprodutiva. Dessa forma, o acesso à seleção genética embrionária com a finalidade de garantir o êxito da gestação ou de evitar a transmissão de doenças genéticas graves e incuráveis, portanto, deve ser garantido como uma posição jurídica *prima facie* a ser protegida pelo direito de liberdade reprodutiva.

Por ser considerada uma posição *prima facie*, seu exercício poderá sofrer as restrições justificadas e proporcionais estabelecidas pelo legislador democrático, especificamente para garantir a proteção de outros bens fundamentais, como a vida embrionária e a vedação de não discriminação.

As complexidades inerentes ao grupo de práticas seletivas destinadas a evitar a transmissão de doenças requer, por sua vez, algumas considerações. A busca pelo filho saudável e os apelos do mercado reprodutivo ao uso indiscriminado dos testes genéticos em embriões podem subsidiar e incrementar a prática seletiva para fins perfeccionistas. Se o desejo pelo filho saudável compreender a autorização para o escaneamento e diagnóstico com a finalidade ampla de se evitar qualquer tipo de doença, distúrbio ou deficiência, os objetivos e seus impactos sobre o dever de respeito e proteção da humanidade intrínseca das futuras crianças são muito semelhantes ao da seleção com fins perfeccionistas e, dessa forma, devem ser excluídas do âmbito normativo da liberdade reprodutiva.

Nesse aspecto, os critérios de “doença hereditária grave” e “incurável” além de atenuar os riscos de generalização das práticas seletivas nesse campo, transmitem a mensagem da excepcionalidade admitida ao recurso da seleção genética pré-implantacional. Tais critérios, no entanto, não reduzem por si só toda a complexidade da matéria já que eles abrangem doenças monogênicas de manifestação precoce, aquelas de manifestação tardia e ainda doenças multifatoriais com elevado risco de penetrância genética. Tratam-se de incertezas que o legislador poderá tentar dissipar, tendo em vista seus juízos de valor e prognóstico principalmente em face dos deveres de proteção do direito à vida e da vedação de discriminação ou mesmo escolher um modelo regulatório participativo que permita à sociedade contribuir na diminuição dessas incertezas, seja através de comitês de ética interdisciplinares com composição plural, seja até mesmo por meio de consultas populares promovidas pelos órgãos de fiscalização e controle.

Uma estratégia de regulação adequada deve reconhecer as incertezas e os riscos advindos das tecnologias reprodutivas, seus efeitos, impactos e admitir com certa previsibilidade que qualquer ação autorizada poderá provocar efeitos imprevistos ou mesmo contrários aos objetivos propostos pela legislação.

Como demonstra a experiência regulatória das práticas seletivas em outros países, a simples inclusão de critérios balizadores em textos legislativos não é garantia suficiente para dar conta das complexidades e riscos em torno das práticas seletivas. Um modelo de regulação eficiente – que responda efetivamente às necessidades de fiscalização, controle, do registro de informações, do regime sancionatório, de acompanhamento e de discussão sobre novas técnicas, levando em conta as implicações éticas e as expectativas sociais sobre as suas finalidades – é um elemento essencial para manter o exercício da liberdade reprodutiva conforme os futuros padrões legais e, no caso brasileiro, também conforme os ditames constitucionais, identificados ao longo do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Fernando. Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida. **Revista de Derecho y Genoma Humano**, n.25, 2006, pp. 21-53.

ACERO, Liliana. Ciência, Políticas Públicas e Inclusão Social: Debates sobre Células-Tronco no Brasil e no Reino Unido. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 53, n. 4, 2010, p. 855-887.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v.26, n. 102, abril/maio, 1989, pp.207- 230.

_____. Autonomia Privada. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, set/dez. 1999, pp. 25-30. Acesso à versão on line, disponível em <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>, acesso em 17/08/2016.

AMARAL, Karina Almeida. A identidade genética e a identidade pessoal do ser humano confrontadas com a procriação medicamente assistida (PMA) heteróloga: análise a partir dos ordenamentos jurídicos Brasileiro e Português. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, abril/junio 2016, pp. 1-12. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccsc/2016/02/genetica.html>, acesso em 17/08/2016.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos de personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, n.º 24, enero - junio de 2013, pp. 81 a 111.

ANDREWS, Lori B. How is Technology Changing the Meaning of Motherhood for Western Women. In: **Women's Reproductive Rights**. Edited by Heather Widdows, Itziar Alkorta Idiakez, and Aitziber Emaldi Cirión. Hampshire: Palgrave Macmillian, 2006, pp.124-139.

AÑÓN, Carlos Lema. Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Más alla de la salud. Intevenciones de mejora em humanos**. Granada: 2012, p.27- 81.

BALLESTEROS, Jesús Llompart. Identidad personal y técnicas de reproducción asistida. *Anuario de Derechos Humanos*. N. 2, 2001, pp.137-150. Disponível em: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0101110137A>, acesso em 15/08/2017.

_____. ¿Derechos? ¿Humanos? . *Persona y Derecho*: **Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, n.46, 2002, pp19-34.

_____. El estatuto del embrión humano: cuestiones científicas, filosóficas y jurídicas In: **Manual de Bioética**, Coord. Gloria Tomás. Barcelona: Ariel, 2001, pp. 217-32.

BARBAS, Stela Marcos de Lameida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: **Grandes temas de atualidade: bioética e biodireito**. Cood. LEITE, Eduardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Direito à identidade genética. *Revista Juris POesis Edição Temática – Biodireito*. Ano 7, n.1, 2004, pp. 1-6

BARUCH, Susannah. Preimplantation Genetic Diagnosis and parental preferences: beyond deadly disease. **Houston Journal of Health Law & Policy**, 2008, pp. 245-270.

BAUMAN, Zigmund. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAYEFSKY, Michelle and JENNINGS, Bruce. **Regulating preimplantation genetic diagnosis in the United States**. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 2002.

BENNET, Rebecca. The fallacy of the principle of procreative beneficence. **Bioethics**, Volume 23, Number 5, 2009, pp 265–273.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford University Press. New York, 1971.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Ediciones Paidós Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona, 1993.

BOZON, Michel. **Sociologia da sexualidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

BOSTROM, Nick. Transhumanist Values. **Review of Contemporary Philosophy**, Vol. 4, May 2005. Disponível em: <https://nickbostrom.com/ethics/values.html>, acesso em 21/07/2016.

_____. In defense of Posthuman Dignity. **Bioethics**, v.19, n. 3, 2005, p.202-214.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510**. Min. Relator Ayres Brito, publicado no DJe nº 96 em 28/05/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>, acesso em 26/03/2017.

BUCHANAN, Allen *et. al.* **From chance to choice: genetcs and justice**. Cambridge University Press: Cambridge, 2009.

CAMBRÓN, Ascensión. **La superacion del Derecho por la biotecnologia**. Palestra proferida na International Conference on Law and Justice in the 21st Century. Coimbra, 29 to 31 May, 2003, p.2. Texto disponível em <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/AscencionCambron.pdf>, acessado em 08/05/2015.

CASABONA, Carlos María Romeo. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos de mejora (enhancement) en neurociências. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Más alla de la salud. Intevenciones de mejora em humanos**. Granada: 2012, p.83- 105.

_____. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. **In: La Eugenesia Hoy**. Balboa-Granada, Editoria Comares, 1999, pp.3-27.

CAMPBELL, Alastair. Reproductive medicine: the ethical issues in the twenty-first century. **Human Fertility**, n. 5, Supplement, 2000, pp. 33–36.

_____. Surrogacy, Rights and Duties: A Partial Commentary. **Health Care Analysis**, n. 8, 2000, pp. 35–40.

CAULFIELD, Timothy and BROWNSWORD, Roger. **HUman Dignity: a guide to policy making in the biotechnology era?** Nature Publish Group, Volume 7, January 2006, pp.72-76.

CESARINO, Letícia da Nóbrega. Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 347-380, Oct. 2007. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lng=en&nrm=iso, acesso em:13/06/2016.

CHESHIRE, Sally. The Human Fertilisation and Embriology Act: it is broke and should we fix it? **BioNews**, Issue 980, 17 de December 2018. Disponível em: https://www.bionews.org.uk/page_140511, acesso em 18/02/2019.

CIRIÓN, Emaldi Aitziber. Consideraciones bioéticas e jurídicas sobre la biotecnología com fines eugenésicos. **Acta Bioethica**, 2015, v. 21 (2), p. 247-257.

COLOMER, Modesto Ferrer e PASTOR, Luis Miguel. Uso del término “preembrión” en la literatura biomédica desde su origen hasta la actualidad. **Cuadernos de Bioética**, XXVII, 2017, v. 1. p. 111-124.

COLLAZOS, José Luis del Barco. La índole tecnológica del ser humano. **Cuadernos de Bioética**, vol. XX, n.1, enero-abril, 2009, p.11-20. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87512350001>, acesso: 22/07/2017.

CONSENTINO, Chiara. Safe and legal abortion: an emerging human right? The long-lasting dispute with state sovereignty in ECHR jurisprudence. **Human Rights Law Review**, n, 15, 2015, pp. 569–589.

CORRÊA, Marilena Villela. **Novas Tecnologias Reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: EDUERJ, 2001.

_____. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. **Bioética**, vol. 9 - nº 2, 2001, p.71-82.

CORRÊA, Marilena V. Admirável genoma humano. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2002, pp. 277-299, 2002

DILLARD, Carter. Future children as property. **Duke Journal of Gender Law & Policy**, volume 17, 47, 2010, pp.47-79.

DINIZ, Débora. Introdução. In: **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?** Eds. DINIZ, Débora e BUGLIONE, Samantha. Brasília: Letras Livres, 2002, pp. 9-21.

DWORKIN, Ronald. Playing God: Genes, Clones and Luck. In: **Sovereign Virtue. The theory and Practice of Equality**. Harvard University Press, 2002, p. 427- 452.

_____. **Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales e CRISTOPHOULOS, Basile Georges Campos. Comentários ao caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (“Fertilização *in vitro*”) e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.23, n.2, pp. 1-11, abr/jun. 2018.

ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. “Dá-me teu teste genético e te direi que és!” – a proteção constitucional dos dados genéticos na era da biotecnologia. Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Coordenadores: Letícia Albuquerque, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016, pp. 84 a 104. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/T638td8u7Ld51Pgo.pdf>

ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. A dimensão objetiva do direito à vida e o tratamento jurídico do embrião *in vitro*: parâmetros interpretativos a partir da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510. Artigo submetido para publicação, 2019.

EIJKHOLT, Marleen. The right to found a family as a stillborn right to procreate? **Medical Law Review**, 18, Spring 2010, pp. 127–151.

ENGELHARDT, JR., H. Tristram. The Ontology of Abortion. **Ethics**, Vol. 84, N. 3, Apr., 1974, pp. 217-234.

ESPARTERO, Marta. EL negocio milionário de la reproducción asistida em España: 400 clínicas, mucha desesperación y poco control. **Jornal El español**, data da publicação 20/01/2018., disponível em: https://www.lespanol.com/reportajes/20180121/millonario-reproduccion-asistida-espana-clinicas-desesperacion-control/278473158_0.html, acesso em 20 de janeiro de fevereiro de 2019.

FABRE-MAGNAN, Muriel. De la sélection à l’eugénisme. In: **La génétique, science humaine**. Direction FABRE-MAGNAN, Muriel et MOULLIER, Philippe. Débats Belin: Paris, 2004.

_____. **L’institution de la liberté**. Paris: Presses Universitaires de France, 2019.

FENTON, Elizabeth. Liberal Eugenics and Human Nature: against Habermas. **Hastings Center Report**, v. 36, no. 6, 2006, p. 35-42.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editoria Trota: Madrid, 2014.

FERRAZ, Ana Cândida de Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª ed. Osasco: EdiFIO, 2015.

FLANIGAN, Kevin M. Duchenne and Becker. Muscular Dystrophies. **Neurologic Clinics**. Volume 32, Issue 3, August 2014, pp.671-688.

FLEMING, James E. **Taking responsibilities as well as rights seriously**. Boston University Law, Vol. 90:839, 2010, p.839-855.

FRANKLIN, Sarah. Postmodern Procreation. In: **Conceiving the New World Order**. Eds. F. Ginsburg and R. Rapp. California: University of California Press, 1995.

_____. Revisiting Reprotech: Firestone and the Question of Technology. In: **Adventures of the Dialectic of Sex. Breaking Feminist Waves**. (Eds.) Merck M., Sandford S. New York: Further Palgrave Macmillan, 2010, pp.29-60.

FRANKLIN, Sarah and ROBERTS, Celia. Experiencing new forms of genetic choice: Findings from an ethnographic study of preimplantation genetic diagnosis. **Human Fertility**, December 2004, 7(4), pp. 285 – 293.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GALST, Joann Paley and VERP, Marion. **Prenatal and Preimplantation Diagnosis: the burden of choice**. New York: Springer, 2015.

GERMAN, Ethics Council. **Preimplantation Genetic Diagnosis: opinion**. Berlin: Deutscher Ethikrat, 2012.

GIRARDET, Anne *et al.* Preimplantation genetic diagnosis for cystic fibrosis: the Montpellier center's 10-year experience. **Clinical Genetics**. Volume 87, Issue 2, 2015, pp.124-132.

GIRARDET, Anne *et al.* Thirteen years' experience of 893 PGD cycles for monogenic disorders in a publicly funded, nationally regulated regional hospital servisse. **Reproductive Biomedicine On line**, n.36, 2018, pp.154-163.

GONZÁLEZ, Noelia Igareda. El hipotético derecho a la reproducción. **Cuadernos Eletrónicos de Filosofía del Derecho**, n..23, 2011, p.252-271.

GONZÁLEZ MORENO, Juana María. **Autonomia Reproductiva y Derecho**. Tesis Doctoral, Universidad Autonoma de Barcelona, 2015. Disponível em: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/309284/jmgm1de1.pdf?sequence=1>, acesso em 05/06/2017.

GRACE, Victoria M. and DANIELS, Ken R. The (ir)relevance of genetics: engendering parallel worlds of procreation and reproduction. **Sociology of Health & Illness** Vol. 29 No. 5 2007 ISSN 0141-9889, pp. 692-710.

GRIFFITHS, Anthony J.F. *et al.* **Introdução à genética**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

GUARNIERI, Tathiana Haddad. OS DIREITOS DAS MULHERES NO CONTEXTO INTERNACIONAL – DA CRIAÇÃO DA ONU (1945) À CONFERÊNCIA DE BEIJING (1995) Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery, n.8, Jan./Jul., 2010, pp.1-28.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARRIS, John. **Enhancing Evolution**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

HARPER, Peter S. **Distrofia Miotônica: Os factos**. 2ª edição. Grupo de Apoio da Distrofia Miotônica: Cardiff, 2009. Disponível em: <https://www.myotonic.org/sites/default/files/The%20Facts%20Portuguese%20Translation%202013.pdf>, acesso 20/01/2019.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie et ROMAN, Diane. La procréacion est-ell vraiment devenue une question de choix? La question du genre dans le droit medical et biomedical français. **Canadian Journal of Women and the Law**, Volume 25, Number 2, 2013, pp. 384-406.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **Le droit de la bioéthique**. Éditions La Découverte, Paris, 2009.

HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético: uma ética para la tecnociencia**. Barcelona: Anthropos Universidad del País Vasco, 1991.

IDIAKEZ, Itziar Alkorta. Implicaciones jurídicas de los análisis genéticos preimplantacionales. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo Casabona (Coord). **Más alla de la salud. Intevenciones de mejora em humanos**. Granada: 2012, p. 108-133.

_____. Women's Rights in European Fertility Medicine Regulation In: **Women's Reproductive Rights**. (Eds) Heather Widdows *et al.* Hampshire: Palgrave Macmillian, 2006a, p.11-123.

_____. Nuevos límites del derecho a procrear. **Derecho Privado y Constitución**, n.30, enero/diciembre, 2006b, pp.9-21.

I TUR-KASPA *et al.* PGD for all cystic fibrosis carrier couples: novel strategy for preventive medicine and cost analysis. **Reproductive BioMedicine Online**, n.21, 2010, pp.186- 195.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipuro, 2003.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

KULIEV, Anver, RECHITSKY, Svetlana e VERLINSKY, Oleg. **Athas of Preimplantation Genetic Diagnosis**. Trird Edition. Boca Raton: CRC Press, 2014.

KULIEV, Anver. **Practical Preimplantation Genetic Diagnosis**. 2th Ed. New York: Springer, 2012.

LEE, Vivian Chi Yan *et al.* Preimplantation genetic diagnosis for monogenic diseases. **Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology**, n. 44, 2017, pp. 68-75.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. Revista dos tribunais: São Paulo, 1995.

LIPMANN, Abby. The Genetic Construction of Prenatal Testing: Choice, Consent, or Conformity for Women? In: **Women and Prenatal Testing: facing the challenges of genetic technology**. ROTHENBERG, Karen H. and THOMSON, Elizabeth J. Michigan: Ohio University Press, 1994.

LOBO, Diana e AGUIAR, Cristina. **Doenças genéticas humanas**. Casa da Ciência, 2011, p. 5. Disponível em <http://imagem.casadasciencias.org/online/36417052/36417052.php>, acesso em 15/11/2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. **Revista Jurídica**, 316 – fevereiro/2004 – Doutrina Cível.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, 2013, (/revista/edicoes/2013), n. (/revista/edicoes/2013/9/19), 19 (/revista/edicoes/2013/9/19) set. (/revista/edicoes/2013/9) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25363>>. Acesso em: 13 out. 2017.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: **Direito, Inovação e Tecnologia**. Coords. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* São Paulo: Saraiva, 2015, p.33-84.

LUNA, Naara. **Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

_____. As novas tecnologias reprodutivas e o Estatuto do Embrião: um discurso do magistério da Igreja Católica sobre natureza. **Antropológicas**, Ano 6, volume 13 (1), 2002, pp. 57-74.

MACKENZIE, Catriona and STOLJAR, Natalie (Eds). **Relational Autonomy**. Oxford University Press: New York, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Marcela Custodio e PIMENTEL, Ana Paula. **Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais.** Rev. Ciênc. Méd. Biol., Salvador, v.12, n.3, p.374, set./dez. 2013, disponível em <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/cmbio/article/viewFile/8269/6677>, acesso em 20/05/2015.

MILLS, Catherine. **Future of Reproduction.** New York: Springer, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto e SARLET, Ingo Wolfgang. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. In: **Direito, Inovação e Tecnologia.** Coords. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85- 122.

MORÁN, Luis González. Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora em humanos. Reflexión general. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Más alla de la salud. Intevenciones de mejora em humanos.** Granada: 2012, p.1-26.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo.** Porto Alegre: Sulina, 2005A.

_____. **Ciência com consciência.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005B.

_____. **El método V: La humanidad de la humanidad.** Catédra: Madri, 2003

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: **Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002.** Coords. SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES. Bruno Torquato de Oliveira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.91.

NOVAIS, Jorge Reis. . **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **A dignidade da pessoa humana.** V.1: Dignidade e direitos fundamentais, Lisboa: Almedina, 2016.

_____. **A dignidade da pessoa humana.** V.2: Dignidade e inconstitucionalidade, Lisboa: Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano.** Coimbra: Almedina, 1999.

OVERALL, Christine. **Why have children?** Massachusetts: MIT Press, 2012.

PAVONE, Vincenzo and ARIAS, Flor. Beyond the Geneticization Thesis: The Political Economy of PGD/PGS in Spain. **Science, Technology and Human Values.** Number 37(3), 2012, pp.235-261.

PEDRO, Joana Maria. A experiência de contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. **Revista Brasileira de História.** São Paulo, v. 23, n. 45, pp.239-260, 2003

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSINI, Léo. Bioética e o desafio do transhumanismo: ideologia ou utopia, ameaça ou esperança? **Bioética**, v.14, n. 2, 2006, p.125-142. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/14, acesso:09/08/2017.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: Samantha Buglione. (Org.). **Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça**. 1ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2002, v. 1, p. 61-80. Disponível em forma de artigo em: http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/p1KdxISyI758jG-2x2XOxQ/oQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ/Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bestseler, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2013.

REPPING, Sjoerd *et al.* Preimplantation Genetic Screening. In: **Preimplantation Genetic Diagnosis in Clinical Practice**. Ed. EL-TOUKHY, Tarek *et al.* London: Springer, 2014.

RIFKIN, Jeremy. **O Século da Biotecnologia**. São Paulo: Makron Books, 1999.

ROBERTSON, John Ancona. **Children of Choice: Freedom and the new reproductive technologies**. New Jersey: Princenton University Press, 1994.

_____. Procreative Liberty in the era of genomics. **American Journal of Law & Medicine**, n. 29, 2003, pp. 439-487.

RODOTÀ, Stefano. **La vida ey las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

RODRÍGUEZ, Ricardo Chueca. La relación dignidade humana-derecho fundamental em el ámbito biomédico. In: **Direito Biomédico**. Orgs. CASABONA, Carlos María Romeo, SÁ, Maria de Fátima Freire de. Belo Horizonte: Editora PUCMINAS, 2011, pp. 26 -49.

RODRIGUES, Maria Isabel Baltar da Rocha. **Política Demográfica e parlamento**. Campinas: Unicamp, 1993.

RUZYC, Carlos Eduardo Pianovsky. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SADLER, T.W. **LANGMAN: Embriologia Médica**. 9ª Edição. Guanabara, 2005.

SALAZAR, Carolina Salas. **El derecho fundamental a la reproducción em el ordenamiento constitucional español**. Tese de doutorado, Universidade de Castilla – La Mancha, Toledo, 2008. Disponível em: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/2397?show=full>, acesso em: 15/08/2018.

SANDEL, MICHAEL J. **Contra a perfeição**. Civilização brasileira. Rio de Janeiro, 2013, versão *e-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O supremo tribunal federal e o direito à vida – comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. **Revista de Direito UnB**, julho – dezembro de 2014, v. 01, n.02 184 p.184-201.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAVULESCU, Julian. Procreative beneficence: why we should select the best children. **Bioethics**, v.15, number 5/6, 2001, p. 413-426.

SCHRAMM, Fermin Roland. Existem boas razões para se temer a biotecnociência? **Revista BioEthikos Centro Universitário São Camilo**, 2010, v. 4, n.2, p. 189-197. Disponível em <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/76/189a197.pdf>, acessado em 16/05/2015.

_____. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a *práxis* biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, vol.17, n. 3, 2009, pp. 377 – 389.

SCOTT, Rosamund. **Choosing between possible lives**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

_____. The uncertain scope of reproductive autonomy in preimplantation genetic and selective abortion. **Medical Law Review**, n.13, 2005, pp. 291-327.

SEPÚLVEDA, Soledad e PORTELLA, Jimmy. Diagnóstico Genético Preimplantacional: alcance y limites. **Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia**, 2012, n. 58, p.207-211.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. I Fundamentos e Ética Biomédica. Edições Loyola: São Paulo, 1996.

SINGER, Peter. **Rethinking Life and Death**. The Collapse of Our Traditional Ethics. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SOUTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: **La eugenesia hoy**. Bilbao-Granada: Catédra de Derecho y Genoma Humano Editorial, 1999, p. 29-63.

SPARROW, Robert. Procreative Beneficence, Obligation, and Eugenics. **Genomics Society and Policy**, Vol. 3, N. 3, 2007, pp. 43-59.

_____. Imposing Genetic Diversity. **The American Journal of Bioethics**, Vol. 15, n. 6, 2015, pp. 2–10.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: Editora Realizações, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brocardo e SÁ, Maria de Fátima Freire de. Envelhecendo com autonomia. In: **Direito Civil: Atualidades II**. Coords. FIUZA, César et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e VALADARES, Maria Goreth Macedo. Anencefalia e projeto parental: uma decisão do casal. In: **A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Artigo disponível em http://portal.pucminas.br/imagdb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20060410095719.pdf, acesso 13/04/2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina e MOUREIRA, Diogo Luna. A identidade genética e seus reflexos no Direito brasileiro. In: **Direito Biomédico**. Orgs. CASABONA, Carlos María Romeo, SÁ, Maria de Fátima Freire de. Belo Horizonte: Editora PUCMINAS, 2011, pp. 115-128.

TESTART, Jacques. **Os homens prováveis: da procriação aleatória à reprodução normativa**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

WASSERMAN, David and ASCH, Adrienne. A duty to discriminate? **The American Journal of Bioethics**, April, Vol. 12, N. 4, 2012, pp. 22-24.

WEINER, Kate *et al.* Have we seen the geneticisation of society? Expectations and evidence. **Sociology of Health & Illness**, Vol. xx No. xx, 2017, pp. 1–16.

WIDDOWS, Heather; IDIAKEZ, Itziar Alkorta e CIRIÓN, Aitziber Emaldi. **Women's Reproductive Rights**. Basingstoke e New York: Palgrave Macmillan, 2007.

WINKELMAN, William *et al.* Public perspectives on the use of preimplantation genetic diagnosis. **Journal of Assisted Reproduction and Genetics**, n.32, 2015, pp. 665-675.

ZEGERS-HOCHSCHILD *et al.* The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017. **Human Reproduction**, Vol.32, No.9 pp. 1786–1801, 2017.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br