

**AUTONOMIA PRIVADA DOS PAIS NO PLANEJAMENTO DE FILHOS
DECORRENTES DE EMBRIÕES GENETICAMENTE SELECIONADOS: análise da
transmissão de identidade vertical¹**

**AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS PADRES EN LA PLANIFICACIÓN DE LOS
HIJOS RESULTANTES DE EMBRIONES GENÉTICAMENTE SELECCIONADOS:
análisis de la transmisión vertical de la identidad**

Ana Flávia Pereira de Almeida Costa*
Jeferson Jaques Ferreira Gonçalves**

RESUMO

O artigo investiga a autonomia privada dos pais para utilizarem-se das técnicas de RHA para projetarem filhos que herdem as mesmas doenças/deficiências genéticas de que são acometidos, no afã de transmití-los essa identidade vertical. Nos paradigmas atuais, os futuros pais não podem escolher, deliberadamente, pelos filhos, limitações ao estado natural do corpo, em prol do desejo de pertencimento destes a uma identidade que sequer se sabe se será compartilhada pelos filhos. Não há que se falar em autonomia privada para tal escolha, em face da preservação da dignidade, da autonomia e da personalidade futura dos filhos.

Palavras-chave: Autonomia privada. Identidade vertical. Reprodução Humana Assistida. DGPI. Seleção Embrionária.

RESUMEN

El artículo investiga la autonomía privada en dos países para utilizar técnicas RHA para diseñar niños con los mismos defectos/deficiencias genéticas afectadas, para no transmitir esta identidad vertical. En nuestros paradigmas actuales, en los países del futuro no podemos optar deliberadamente por limitar el estado natural del cuerpo, a pesar del deseo de pertenecer a una identidad que sabemos será compartida por los menores. No es necesario depender de la autonomía privada para tal elección, dada la preservación de la dignidad, la autonomía y la futura personalidad de los hijos.

Palabras-claves: Autonomía privada. Identidad vertical. Reproducción Humana Asistida. DGP Selección embrionaria.

1 INTRODUÇÃO

A interlocução acadêmica entre o Direito e a Medicina apresenta uma gama infindável de possibilidades. Por isso, faz-se imprescindível estabelecer recortes precisos e um esforço

Artigo submetido em 11 de outubro de 2023 e aprovado em 17 de dezembro de 2023.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001

* Mestranda em Direito Privado (PUC Minas). Bolsista CAPES. Pós-graduada em Direito Médico e Bioética (IEC – PUC Minas). Pesquisadora do CEBID JUSBIOMED. E-mail: anaflaviapa.costa@gmail.com

** Mestrando em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. E-mail: fgoncalvesjeferson@gmail.com

interdisciplinar que permita aproximar o pesquisador das soluções que os problemas bioéticos e biojurídicos demandam.

É nesse sentido que o presente artigo irá perquirir um aspecto específico dessa interlocução biojurídica, ao tratar do uso das técnicas de reprodução humana assistida no âmbito do planejamento familiar, quando os pais assim o fazem no intuito de construir ou de reforçar a identidade vertical e buscam, com tal prática, a transmissão de genes causadores de doenças ou deficiências.

No ordenamento jurídico brasileiro atual não existe uma legislação que proíba os idealizadores do projeto parental de escolherem, através das técnicas de reprodução humana assistida, gametas e embriões que carreguem consigo mutações genéticas predispostas a doenças ou deficiências.

Em que pese a existência de um panorama jurídico-constitucional propício à promoção da autonomia no âmbito do planejamento familiar, o uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil ainda não recebeu o tratamento legislativo adequado, o que fez com que o Conselho Federal de Medicina se posicionasse para regulamentar a matéria pela Resolução CFM n. 2.294/2021, extrapolando, por vezes, sua competência de dirigir a atuação dos profissionais da medicina e restringindo direitos fundamentais de terceiros.

Entretanto, nem mesmo o Conselho Federal de Medicina trouxe regulamentação expressa no sentido de proibir os pais de escolherem os embriões ou gametas portadores de mutações genéticas, gerando assim a possibilidade de que tal circunstância seja concretizada no Brasil.

Considerando a proteção legal do exercício dos direitos reprodutivos por pessoas com deficiência, assegurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), não se pode impedir que essas (que podem ser, por exemplo, portadoras de Síndromes, de nanismo ou de surdez) se reproduzam. E, na idealização do projeto parental, não havendo legislação que proíba a seleção de gametas e de embriões portadores das mutações genéticas causadoras de doenças e deficiências, poder-se-ia interpretar que há um caminho aberto para que pedidos como aqueles já ocorridos nos Estados Unidos e na Inglaterra, de pais surdos que querem utilizar as técnicas de reprodução humana assistida para transmitir a surdez para seus filhos, ocorra no Brasil.

Entretanto, tal questão merece ser analisada sob um ponto de vista maior. Por essa razão é que a pretensão do presente artigo é tratar sobre a (in) existência de autonomia dos pais para a realização dessas escolhas, tendo como ponto de partida o modelo de Estado adotado no Brasil, o Estado Democrático de Direito, a partir das principais implicações que decorrem dele. O presente artigo utiliza-se da pesquisa bibliográfica como método e, lança mão da literatura jurídica e médica, além das legislações inerentes e da análise de um caso concreto, demodo a ilustrar e facilitar a compreensão da complexidade da temática. A presente pesquisa tem como objetivo investigar se é possível identificar a autonomia privada dos pais quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida para a criação de uma identidade vertical no âmbito do planejamento familiar.

Para tanto, será necessário percorrer alguns pontos importantes da genética e da reprodução humana assistida, além de uma breve revisão do conceito de autonomia privada, para, somente então, trabalhar esses aspectos dentro da escolha dos pais pela seleção de embriões que carreguem mutações genéticas causadoras da doença ou da deficiência que lhe acomete, em nome da idealização de uma transmissão da identidade vertical.

2 GENÉTICA E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA REALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR: uma análise de discussões e possibilidades

As inovações biotecnológicas nas áreas da medicina reprodutiva e da medicina genética têm proporcionado aos idealizadores dos projetos parentais a possibilidade de escolhas antes inimagináveis.

Após experiências bem-sucedidas em animais, as técnicas de reprodução assistida foram sendo testadas, aprimoradas e adaptadas aos humanos até que, em 1978, nasceu a inglesa Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo (MOURA, SOUZA, SCHEFFER, 2009).

Especialmente em razão da popularização dessas técnicas, aliada a uma busca cada vez mais tardia pelas mulheres (cujos óvulos apresentam uma perda da qualidade com o passar dos anos) para a realização do projeto parental, a reprodução humana assistida tem sido cada vez mais procurada em todo o mundo. De acordo com dados divulgados pelo Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), vinculado à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), no ano de 2019, haviam 99.112 embriões congelados nos mais de 150 estabelecimentos cadastrados na Anvisa que enviaram os seus dados de produção para o levantamento do SisEmbrio. Esse número representa um aumento de 11,6%, em comparação com o ano anterior (2018), que já tinha apontado um marco histórico de 88.776 embriões congelados no Brasil. No ano de 2012, o número de embriões congelados no Brasil era de 32.181, o que representa um aumento de 32,47% em comparação aos dados do ano de 2019 (ANVISA, 2019).

Segundo dados divulgados no 34º Congresso da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (Eshre), ocorrido na Espanha, desde o nascimento de Louise (em 1978) até o ano de 2018 já tinham nascido mais de 8 milhões de crianças na Europa com o uso das técnicas de reprodução humana assistida (EUROPEAN SOCIETY, 2019).

O aprimoramento das técnicas de reprodução humana assistida e as inúmeras possibilidades que o sequenciamento genético do corpo humano permitiram, especialmente quanto ao diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças, descortinaram possibilidades de diagnósticos genéticos nos estágios pré-conceptivo, pré-implantacional e pré-natal, que eram inimagináveis até alguns anos atrás.

A fim de atingir pontualmente o objetivo do presente artigo, que se dará especificamente no âmbito da seleção embrionária, o presente artigo se limitará a tratar das possibilidades de diagnóstico genético pré-implantatário, que é aquele ocorrido a partir da análise do embrião formado *in vitro* e ainda não implantado no útero.

Bruno Henrique Andrade Alvarenga (2020), citando Sanchez (2007) apresenta o conceito de Diagnóstico Genético Pré-Implantacional, como sendo

(...) uma técnica de reprodução assistida que consiste na análise genética de embriões vivos, havidos por fecundação *in vitro* (FIV) para a transferência posterior ao útero de uma mulher aqueles que se encontrem sadios e sejam viáveis. De forma mais precisa, o DGPI pode ser definido como uma aproximação ao diagnóstico de um defeito genético, mediante a biópsia e análise *in vitro* de um corpúsculo polar após um processo de fertilização *in vitro*, ou de bastômero ou de uma blastocisto, com o objetivo de prevenir transtornos genéticos em casais que apresentem um risco de terem uma descendência afetada por uma enfermidade genética. (SANCHEZ, 2007, p. 77 *apud* ALVARENGA, 2020, p. 28).

Atualmente, é possível diagnosticar, ainda em fase embrionária, diversas doenças e anomalias genéticas, que incluem aneuploidias (alterações cromossômicas numéricas) e doenças de herança monogênica (doenças que decorrem de uma única variante genética definida, ou seja, afeta apenas um gene). Dentre tais doenças que se pode diagnosticar, cite-se

a anemia falciforme, a fibrose cística, doença de Huntington (cromossoma 4), distrofia muscular de Duchenne, síndrome do X Frágil, hemofilia A, retinoblastoma, a surdez decorrente de mutações genéticas, o câncer de mama hereditário, dentre outras tantas (NUSSBAUM; MCINNES; WILLIARD, 2021; MENDES, COSTA, 2010).

A respeito do procedimento e das possibilidades do DGPI no procedimento de reprodução humana assistida, Edson Guimarães Lo Turco e Christina Ramires Ferreira (2011) explicam que:

Na rotina de ART [ART, do inglês *assisted reproductive thecnologies*], o diagnóstico genético pré-implantação (PGD, do inglês *pré-implantation genetic diagnosis*) inclui marcadores genômicos para diagnóstico de desordens genéticas em embriões antes de sua transferência para o útero materno, por meio de biópsia embrionária. O casal submetido a procedimento de ART pode ter acesso ao *screening* de seus embriões para detecção de aneuploidias e risco de desordens monogênicas. A realização de PGD é indicada em casos de histórico familiar de desordens mendelianas, anormalidades estruturais cromossômicas ou doenças mitocondriais. (LO TURCO; FERREIRA, 2011, p. 52).

Além das doenças geneticamente detectáveis, ligadas ao sexo ou de aneuploidias de cromossomos sexuais, no Brasil é permitido o uso do DGPI para a seleção de embriões HLA-compatíveis (HLA - Antígeno Leucocutário Humano) com algum irmão afetado pela doença, cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco (item VI, 1-2, Resolução n. 2.294/2021) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

Assim, a partir da análise do embrião produzido, é possível recorrer às técnicas de DGPI que vão demonstrar quais são os embriões geneticamente predispostos a terem determinada (s) doença (s) ou deficiência (s) (NUSSBAUM; MCINNES; WILLIARD, 2021; MENDES, COSTA, 2010).

Com o resultado desses exames, o médico geneticista, especialista em reprodução humana assistida, irá proceder ao aconselhamento genético, que, uma vez feito no período pré-implantatório,

poderá propor ao paciente: 1) Se não for detectada qualquer deficiência ou doença: a gravidez; 2) Se for detectada a possibilidade de transmissão de deficiência ou doença:

a) a realização de terapia gênica sobre o embrião; b) a seleção de embriões; c) não implantar embriões; d) implantação do embrião e posterior realização de um diagnóstico pré-natal; e/ou e) seleção de sexo do embrião por motivos terapêuticos (CASABONA, et al., 2006, p. 194 *apud* SOUZA, 2010, p. 37).

No Brasil, a prática do Diagnóstico genético pré-implantacional de embriões é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, pela vigente Resolução n. 2.294/2021 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

No contexto de tantos avanços tecnológicos nas áreas da medicina reprodutiva e genética, aos pretensos pais que estão submetidos a procedimentos de reprodução humana assistida, cabem hoje escolhas que não estão disponíveis àqueles que optam pela reprodução natural. A identificação genética de uma lista cada vez maior de doenças, que antes só podia ser pensada a partir de uma loteria determinada pela natureza, hoje pode ser diagnosticada ainda em fase embrionária.

Em que pese os benefícios que o DGPI pode proporcionar àqueles que buscam a reprodução humana assistida para a realização do projeto parental, discussões éticas em relação à sua prática são suscitadas. A principal delas diz respeito à preocupação com práticas eugênicas.

Bruno Henrique Andrade Alvarenga (2020) lembra que as práticas eugênicas (no

sentido de promover melhoramentos – animais, vegetais ou humanos), remontam à própria existência da humanidade. Já o conceito de eugenia surgiu no século XIX, e, conforme a etimologia da palavra *eugenes*, tinha a conotação de um “bom nascimento”. Galton (1883 *apud* ALVARENGA, 2020), o precursor do uso dessa palavra, a utilizava no intuito de expressar a “ciência de melhorar a genética”. O pesquisador acreditava que era possível produzir uma raça altamente talentosa, a partir da combinação de genes de pessoas criteriosamente selecionadas (SANDEL, 2013).

Entretanto, a expressão ‘eugenia’ foi disseminada e tomou um cunho essencialmente depreciativo a partir das práticas repugnantes que marcaram o nazismo alemão, em meados do século XX, consistentes na esterilização dos chamados “desqualificados”, seguida de assassinatos em massa e genocídio, na busca por uma “raça pura”.

Fala-se atualmente em duas espécies de eugenia, distinguidas basicamente pelo seu objetivo: a eugenia negativa, que objetiva evitar doenças e deficiências hereditárias, ou seja, vincula-se a um caráter terapêutico; e a eugenia positiva, que objetiva a seleção de características genéticas do ser humano gerado, a fim de promover um melhoramento genético (ALVARENGA, 2020).

A respeito desses possíveis dilemas éticos, Nussbaum, McInnes e Williard (2021, p. 383) escrevem que:

Os geneticistas são frequentemente requisitados a ajudar os casais a utilizar o diagnóstico pré-natal ou a tecnologia de reprodução assistida para evitar ter filhos com uma doença hereditária grave. Para alguns distúrbios hereditários, o diagnóstico pré-natal permanece controverso, particularmente quando o diagnóstico leva a uma decisão de interromper a gravidez devido a uma doença que causa vários tipos de deficiência física ou intelectual, mas não é fatal na infância. O diagnóstico pré-natal é igualmente controverso para distúrbios de manifestação no adulto, particularmente aqueles que podem ser gerenciados ou tratados. Um debate está em curso na comunidade de pessoas com uma deficiência física ou intelectual e pacientes surdose suas famílias (para citar apenas alguns exemplos), sobre se o diagnóstico pré-natal e aborto para esses distúrbios se justificam eticamente (NUSSBAUM; MCINNES; WILLIARD, 2021, p. 383).

Nesse sentido, ao se utilizar das técnicas de DGPI para a seleção de embriões mais saudáveis, não se estaria promovendo atos de melhoramento da espécie humana e, portanto, eugenia positiva? Como definir um conceito único de anormalidades e normalidades, entre o aceitável e o inaceitável? A linha que separa as duas espécies de eugenia (negativa e positiva) e o objetivo de ambas (terapêutico e melhoramento, respectivamente), é tênue.

Não cabe à proposta do presente artigo se debruçar sobre tais questões, a fim de fornecer respostas que sejam capazes de finalizar a discussão². Entretanto, não há como dissociar a discussão das práticas eugênicas do uso da DGPI.

3 O PARADIGMA DA AUTONOMIA PRIVADA

A estrutura do pensamento jusfilosófico que sucedeu a Immanuel Kant recebeu uma significativa contribuição de seus estudos e a sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* é o ponto de partida para a compreensão de sua forma de (re) pensar a lógica da construção e aplicação do direito.

² Para um maior esclarecimento sobre essas distinções, sugere-se a leitura do artigo: Tratar, sim; melhorar, não? Análise crítica da fronteira terapia/melhoramento, de autoria de Murilo Mariano Vilaça e Maria Clara Dias Marques, publicado na Revista Bioética, vol. 23, núm. 2, 2015, pp. 267-276 Conselho Federal de Medicina Brasília, Brasil, disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361540658006.pdf>.

Na referida obra, o próprio autor aponta a importância de suas reflexões: diferente de qualquer outra investigação moral que o antecederia, “a busca e a fixação do princípio supremo da moralidade”, a partir de bases racionalmente construídas e universalmente aplicáveis, representam o ponto alto da relevância dos estudos kantianos (KANT, 2007, p. 27).

Dentre outros assuntos, Kant propõe reflexões morais acerca das noções de autonomia e liberdade que precisam ser analisadas a partir de novos paradigmas, originados a partir de novas conjunturas sociais, culturais, políticas e econômicas.

Nesse contexto, dada a importância dos estudos kantianos para o direito e a ainda vigente aplicação de suas teorias, é que se justifica debruçar-se cuidadosamente sobre o marco teórico, de modo que, sem qualquer pretensão de julgá-lo menor do que a sua importância, avalie-se a adequação de sua teoria na atual conjuntura da autonomia privada no contextoplural de um Estado Democrático de Direito.

3.1 Liberdade e autonomia na fundamentação da metafísica dos costumes

A Metafísica dos Costumes (ou filosofia moral pura) é a parte da filosofia que aborda o objeto que está submetido às “leis da liberdade”. Muito mais do que um simples elemento integrante de um sistema moral ou jurídico, para Kant, o conceito de liberdade é o conteúdo do imperativo categórico que concede ao ser racional a capacidade de ser seguidor das leis que ele próprio se dá. Em outras palavras, a possibilidade que os seres racionais têm de determinar as leis a que eles próprios irão se submeter é a expressão mais sublime da liberdade.

É dessa forma que a questão da liberdade permeia a metafísica dos costumes desde a sua gênese.

Além disso, a metafísica dos costumes se encontra separada dos elementos empíricos; é a parte pura da ética que independe da experiência e, portanto, são determinados *a priori*, incondicionalmente, expressando uma regra necessária e universal – o imperativo categórico (KANT, 2007, p. 10).

Sem o objetivo de esgotar a abordagem, mas apenas suscitando alguns dos conceitos necessários para uma apresentação adequada do referencial teórico, cumpre destacar que a temática da liberdade permeia a fundamentação da metafísica dos costumes desde a sua origem, pois o conteúdo desse imperativo categórico proposto por Kant é um conceito de liberdade. Para o autor, na medida em que o ser humano, segue as leis que ele próprio se dá, enquanto ser racional e universal, esse age pela vontade livre, pela vontade autônoma (KANT, 2007).

Na construção de sua teoria, Kant afirma a necessidade de que, na formulação das leis morais, se abstraia de todo o interesse empírico, de modo que esta possua uma lei necessária e universal. Nesse sentido é que, a pura forma do querer, é sintetizada por Kant da seguinte maneira: agir de tal modo “que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal” (KANT, 2007, p. 62).

Para Kant, a autonomia é “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2007, p. 82). A esse princípio fundante da dignidade, Kant atribuiu, ainda, um segundo elemento de extrema relevância para constituir o princípio supremo da moralidade: a vontade, conceituada como “a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis”, o que só pode ser encontrado em seres racionais (KANT, 2007, p. 94).

Kant trabalha com a ideia de autonomia da vontade, enquanto princípio supremo da moralidade e, nesse sentido, traduz-se a expressão máxima da ação que é ditada pela razão. Tal princípio é sintetizado por Kant na seguinte máxima: “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal” (KANT, 2007, p. 87).

Em suma, observa-se que, em Kant, a autonomia da vontade é um conceito vinculado

ao imperativo categórico que objetiva atender não a um querer isolado, mas a um querer que possa se tornar uma lei universal.

Para Kant, a liberdade é indissociável da autonomia (princípio universal da moralidade), que é fundamento de toda ação racional. Logo, se a ação praticada concorda com esse ideal de autonomia da vontade, essa será uma ação permitida. Ao contrário, se a ação praticada não está de acordo com a autonomia da vontade (nessa perspectiva universalizável), segundo Kant, essa ação é proibida (KANT, 2007, p. 86).

3.2 Liberdade e autonomia no paradigma do Estado Democrático de Direito

Em que pese o idealismo transcendental fundado por Kant ultrapassar as barreiras do tempo e influenciar a produção do conhecimento científico até os dias atuais, a *fundamentação da metafísica dos costumes* foi escrita no final do século XVIII, no contexto de um Estado Liberal europeu. Esse contexto histórico, político, social e econômico em que tal obra foi escrita diz muito sobre as razões pelas quais Kant sustentou a ideia de uma autonomia da vontade, fundada em uma ideologia que primava por valores morais necessariamente universalizáveis.

No decorrer da história, identificam-se significativas mudanças nesse contexto em que Kant escreveu, importando, aqui, particularmente, o advento do modelo de Estado Democrático de Direito, no século XX.

A respeito desse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, sintetizam Sá e Moureira (2015) que:

Na modernidade, o fundamento material de validade do Direito tem como núcleo de gravidade a pessoa humana e a pluralidade de projetos de vida que se constituem e reconstituem pelo exercício da autonomia privada. Dessa forma, em uma perspectiva democrática, evidencia-se um dos grandes desafios do Direito, para a manutenção de sua validade, é possibilitar o exercício de iguais liberdades fundamentais (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 92).

Segundo a corrente de pensamento contemporânea, aqui representada por Francisco dos Santos Amaral Neto (1989), autonomia nada mais é do que essa esfera de liberdade (enquanto faculdade de atuar de acordo com sua vontade) de que o agente dispõe no âmbito do direito privado.

Assim como Francisco dos Santos Amaral Neto (1989), Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2021) compreendem a autonomia da vontade e a autonomiaprivada como expressões distintas que não se confundem. Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 213), conceitua a autonomia privada como sendo “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica” e diferencia-a da autonomia da vontade em razão desta última ter uma conotação subjetiva, psicológica, inexistente na autonomia privada.

Sá e Naves (2021, p. 66) relembram, ainda, que ambas as expressões surgiram em momentos históricos diferentes: “a autonomia da vontade no nascedouro do Liberalismo e a autonomia privada na crise da Modernidade ou, juridicamente, no Estado Democrático de Direito”.

A ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito também recebe uma roupagem distinta daquela propagada por Kant: não se pensa em uma igualdade indissociada das particularidades das diferenças. Vigora a máxima: “fornecer tratamento igual aos iguais, tratando desigualmente os desiguais”. (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 95).

Identificadas as principais diferenças basilares entre as noções de liberdade e autonomia de Kant e da contemporaneidade, importa questionar se, no contexto de um Estado Democrático

de Direito, poderia a autonomia da vontade, nos moldes propostos por Kant, determinar as possibilidades de construção de personalidade (na esfera privada), considerando a universalização da dignidade?

É verdade que assegurar o exercício da autonomia privada, considerando o conceito de dignidade um paradigma individualmente determinado, pode ser a causa de diversos problemas difíceis ao direito de resolver, especialmente quando se está diante de uma escolha entre dois ou mais princípios jurídicos. Conformar duas ou mais autonomias, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito, não é tarefa fácil pois implica na necessária ampliação dos horizontes do pensamento jurídico positivista e a avaliação dos casos, sob o prisma da interpretação do Direito como conjunto de regras e princípios.

Entretanto, fornecer respostas pré-moldadas, que partam necessariamente de conceitos universalizáveis, não parece refletir o objetivo de um Estado que se pretende ser Democrático de Direito.

Sobre a relação da vontade e da autonomia no contexto do Estado Democrático de Direito, Renata de Lima Rodrigues (2021), é assertiva ao afirmar que:

No atual Estado Democrático de Direito, não se compartilha de um reconhecimento absoluto da vontade como fonte intocável de direitos e deveres como pretendia o racionalismo liberal, mas de um espaço de iguais liberdades subjetivas de ação, reconhecido pela ordem jurídica a todos, levando-se em conta um contexto de igualdade material e de intersubjetividades que convivem e compartilham (RODRIGUES, 2021, p. 86).

Dessa forma, é possível concluir que o padrão de dignidade que, em Kant, está atrelado ao exercício dessa autonomia (agir livre para determinar racionalmente as leis que se aplicarão de forma universal) não seria adequadamente aplicável ao contexto do Direito Privado de um Estado Democrático de Direito, para fundamentar a restrição de direitos individuais.

Isso porque, a autonomia que “é fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2007, p. 87), é também fundamento da dignidade da pessoa humana, considerada em sua singularidade que, no exercício de sua autonomia privada, pode autodeterminar-se e, em razão de suas particularidades (que não podem ser indistintamente desconsideradas) pode ter um padrão de dignidade distinto daquele “universalmente” posto, que não é mais legítimo ou menos legítimo; apenas distinto.

Logo, por tais razões, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o conceito de autonomia da vontade, nos moldes propostos por Kant, não encontra adequação na esfera privada, sendo mais adequada a aplicação do conceito de autonomia privada nos moldes atualmente desenvolvidos, conforme o marco teórico apresentado.

4 PLANEJAMENTO FAMILIAR, AUTONOMIA PRIVADA E A BUSCA PELA TRANSMISSÃO DE IDENTIDADE VERTICAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, assegura o direito ao planejamento familiar, garantindo a liberdade dos envolvidos na decisão.

A Lei do Planejamento Familiar (n. 9.263/1996) o define como sendo “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” (BRASIL, 1996).

Observe-se que, refletido no conceito legislativo apresentado, está uma definição de planejamento familiar que se preocupa com as ações voltadas para o controle da quantidade da prole. Entretanto, como bem assevera Renata de Lima Rodrigues (2021), o aprimoramento das biotecnologias, aplicadas à reprodução humana assistida, trazem à tona a necessidade de

ressignificar esse conceito clássico. Isso porque, se antes o planejamento familiar ocupava-se somente com a quantidade da prole, hoje, a partir das técnicas de reprodução humana assistida, descortinam-se possibilidades de escolhas que dizem respeito à qualidade da prole e que, portanto, passam a integrar o planejamento familiar.

A partir das técnicas utilizadas no diagnóstico genético pré-conceptivo, pré-implantacional e pré-natal, possibilita-se a descoberta de uma gama de doenças e a seleção de características genotípicas do ser em formação. Essa nova realidade implica na necessidade de se repensar o conceito do planejamento familiar, a fim de abarcar também o controle da qualidade da prole, bem como, seus contornos (limites éticos e legais).

Afinal de contas, juridicamente e eticamente, seria possível falar em uma autonomia privada irrestrita dos pais no exercício desse direito ao planejamento familiar? Tal questão será trabalhada adiante, sob os principais aspectos. Entretanto, cumpre salientar, desde já, que, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, não existem direitos absolutos, ilimitados, que não sofram qualquer limitação. E, ainda, nesse contexto, não distante do exercício de outras tantas liberdades, o exercício do livre planejamento familiar pressupõe a assunção de responsabilidades, especialmente quanto ao ser humano que irá nascer.

Conforme visto até então, a autonomia privada no âmbito do planejamento familiar é admitida e, inclusive, tem sua proteção assegurada pela própria Constituição. Entretanto, assim como todo e qualquer direito, não há como se falar na existência de uma garantia ilimitada.

A partir desse momento, será analisada a aplicabilidade dessa mesma autonomia privada no âmbito do planejamento familiar, quando essas tecnologias de reprodução humana assistida são utilizadas no intuito de selecionar, não os embriões saudáveis, mas os embriões que carregam mutações genéticas que causam doenças/deficiências, com o objetivo de transmitir uma identidade dos pais aos filhos, a chamada “identidade vertical”.

4.1 Autonomia privada no planejamento familiar e a busca pela transmissão de identidade vertical

O conceito de identidade vertical a que o presente artigo se refere, foi adquirido do autor Andrew Solomon (que, portanto, constitui o marco teórico sobre esse aspecto da pesquisa), segundo o qual, pode ser compreendido como sendo a “transmissão de identidade de uma geração para a seguinte”, seja através de cadeias de DNA (que representam os traços genéticos compartilhados de pais para os filhos), seja através de normas culturais compartilhadas (SOLOMON, 2013).

O conceito de identidade vertical proposto por Andrew Solomon é trabalhado no presente artigo sob a perspectiva específica da transmissão de identidade através de traços genéticos que são carregados no DNA e que, em conformidade com o atual estado da arte da medicina genética e reprodutiva, podem ser identificados ainda em fase embrionária, por exames de diagnóstico genético pré-implantatório, possibilitando aos pais realizar escolhas pelos filhos, tais como, ser ou não doente/deficiente.

A escolha de traços genéticos dos filhos carrega em si uma série de problemas bioéticos e biojurídicos que surgem, especialmente quando o uso das técnicas de reprodução humana assistida está sendo feito com o objetivo de promover ou selecionar mutações genéticas que são limitadoras de uma vida tida como biologicamente saudável.

Após ter sido feito o diagnóstico genético pré-implantatório e, identificado que alguns embriões produzidos carregam a mutação genética causadora de determinada doença ou deficiência, questiona-se: poderiam os pais optarem por implantar os embriões que carregam amutação genética, a despeito da existência de outros embriões tidos como saudáveis, tendo como fundamento a transmissão de uma identidade vertical? Tal escolha encontra-se no âmbito da autonomia privada dos pais no exercício de seu direito ao livre planejamento familiar? Existe

respaldo jurídico no Brasil que embase tal pedido?

Para desenvolver tais questões e aclarar o significado e a força da identidade vertical, menciona-se o caso do casal britânico, Tomato Lichy e Paula Garfield, que tinham surdez e já tinham uma filha que também era surda e pretenderam, pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida, diagnosticar e selecionar embriões que também carregassem o gene da surdez, com a finalidade de transmitir ao segundo filho aquilo que eles tinham não como uma deficiência, mas como uma identidade.

Para o casal, a surdez era uma chave para um mundo diferente com sua própria linguagem, sua própria cultura e sua própria história. Em entrevista à ABC News, o casal afirmou levar uma vida perfeitamente normal, descrevendo suas ocupações, que foram retratadas na reportagem da seguinte forma:

Ela dirige uma companhia de teatro que produz regularmente peças em linguagem de sinais, e ele é diretor da escola de sua filha, além de professor no museu Tate Modern. Eles vão ver filmes de Shakespeare e Pixar no cinema local, com legendas. Eles pegam a filha na escola e ficam presos no trânsito, como todo mundo. “Não consigo ver onde nossa vida está atrofiada”, disse Lichy (BOVA, 2009).

Esse caso dividiu opiniões e tomou proporções ainda mais significativas no ano de 2008, quando o parlamento inglês esteve discutindo um projeto de Lei que proibia expressamente a escolha de embriões que tivessem sido diagnosticados com mutações genéticas capazes de desenvolver a surdez. De um lado, debateu-se o cunho eugênico do projeto de lei, que estava sendo interpretado pelos ativistas como um modo de segregação. De outro lado, aqueles que se opunham à realização do desejo de Tomato Lichy e Paula Garfield, argumentavam os prejuízos neurocognitivos que poderiam se desdobrar em dificuldades no desenvolvimento biopsicossocial desse filho, além do custo social de uma criança surda (BOVA, 2009).

Não há como negar que o contorno desse tipo de escolha pelos pais pode ter consequências prejudiciais aos filhos, não somente no âmbito biológico, por ter-lhe sido tirada a oportunidade de ter um corpo naturalmente saudável (por naturalmente, entenda-se, decorrente da natureza), como também, no âmbito existencial, caso os filhos não tomem para si a surdez como identidade.

O G1 noticiou duas pesquisas que foram feitas em clínicas de reprodução humana assistida nos Estados Unidos, que revelaram dados sobre a procura desse tipo de pedido. A primeira pesquisa foi publicada no periódico *Fertility and Sterility*, no ano de 2006, e revelou que 4% das 196 clínicas participantes da pesquisa já tinham utilizado o DGPI com a intenção de selecionar embriões com alguma deficiência. Em uma segunda pesquisa, feita pela Universidade John Hopkins no ano de 2007, verificou-se que 4 clínicas, das 186 participantes da pesquisa, admitiram já terem realizado a implantação de embriões que carregavam traços genéticos de alguma deficiência (ARNAZ, 2007).

A questão dessas escolhas pelos pais foi trabalhada por Renata de Lima Rodrigues (2021, p. 98) que, assertivamente, questiona: “quanta liberdade podemos ter?”. Será possível falar em autonomia desses pais no âmbito do planejamento familiar, ao fazerem, conscientemente, essas escolhas pelos filhos?

No que diz respeito à questão bioética, sobre tal escolha pelos pais, configurar uma prática eugênica, entende-se que o caso apresentado não se amolda aos conceitos de eugenia negativa, por não refletir um objetivo terapêutico, mas reflete somente o desejo dos pais, enquanto idealizadores do projeto parental, em ter nos filhos projetada uma característica biológica (no caso, a surdez) que se considera identidade.

Entretanto, o conceito de eugenia positiva também não se enquadra ao caso em questão, porque também não há também um melhoramento (pelo menos, não fisicamente). Ao contrário, tal escolha dos pais para os filhos implicará numa limitação de um dos sentidos naturais do

corpo humano.

De toda forma, entende-se inafastável a ideia de que toda a prática de DGPI poderia desaguar em questionamentos sobre uma possível eugenia (seja ela negativa ou positiva), não sendo diferente no caso dos pais que, tendo em vista uma identidade vertical, valem-se das técnicas de reprodução assistida para transmitir aos filhos doenças ou deficiências que eles mesmos possuem.

Partido para uma análise jurídica, é certo que a legislação brasileira atual não autoriza nem proíbe expressamente esse tipo de prática. Nesse momento, vale lembrar que a reprodução humana assistida é regulamentada apenas por Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não se ocupou de proibir expressamente essa prática, no ato da seleção embrionária e, como sesabe, ao particular, aquilo que não é proibido por Lei, é permitido. Por essa análise simplória, apenas da legislação, nada impediria que pedidos dessa natureza fossem direcionados às clínicas de reprodução humana assistida.

Entretanto, na era do pós-positivismo, não se pode restringir o Direito apenas a um sistema fechado de regras; antes, esse também é integrado pelos princípios jurídicos. Assim sendo, a inexistência de regras que expressamente proíbam a prática não implica, automaticamente, em sua permissão.

De todo modo, há que se pensar que, na inexistência de liberdades fundamentais que sejam absolutas e que todas elas, no paradigma do Estado Democrático de Direito, encontram necessidade de conformação em outras liberdades fundamentais, não se poderia defender uma liberdade irrestrita no exercício do direito ao planejamento familiar. Na medida em que as escolhas feitas pelos pais afetam diretamente as possibilidades de construção de personalidade, mediante a irreversibilidade da decisão dos pais, além de ter o potencial de afetar a dignidade futura do ser em formação, não há como defender que, juridicamente, no contexto atual, haveria abertura para que a escolha pela surdez dos filhos, ao menos na existência de outros embriões saudáveis, seja admitida.

Por fim, mas não menos importante, enfrenta-se a questão a respeito da autonomia privada dos pais que, no exercício do seu direito ao planejamento familiar e, utilizando das técnicas de reprodução humana assistida, escolhem embriões que carregam as mesmas mutações genéticas causadoras de doenças ou deficiências que eles também tenham, em nome de uma pretensão de criação de uma identidade vertical.

Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2019), com fundamento no próprio conceito de autonomia privada, trabalhado por João Baptista Villela, concluem que, quando se fala em autonomia, fala-se em uma ação que é livre. No caso em tela, a ação dos pais, desde a idealização da prole, deve ser pautada pelos deveres inerentes ao exercício da autoridade parental, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, a dignidade daquele que virá a nascer. Por essa razão, tendo em vista o paradigma da autonomia privada no Estado Democrático de Direito, acima trabalhado, que impõe limitações e a necessidade de conformações de iguais liberdades fundamentais, não se pode admitir a primazia dos interesses dos pais em transmitir identidade vertical aos filhos, em detrimento de uma limitação biológica definitiva destes.

Por isso, sustenta-se que não se está diante de uma autonomia dos pais no âmbito do planejamento familiar, mas essa decisão deve ser tomada, tendo como ponto de partida o múnus inerente aos deveres dos pais no exercício da autoridade parental, desde a escolha feita no que tange ao embrião. Isso porque, uma vez implantado do útero e, posteriormente, após o nascimento com vida, aquele ser humano será, em regra, de responsabilidade desses idealizadores do projeto parental, que fizeram tais escolhas pelos filhos.

Nesse ponto, cumpre trazer à luz, o ensinamento de Paulo Lôbo, segundo o qual:

O planejamento familiar não é ilimitado, impondo-se a primazia dos filhos e não a dos pretendidos genitores. Assim, não pode prevalecer o desejo egoístico de realização de projeto parental, com utilização de técnicas de reprodução assistida, sem consideração às condições de realização existencial digna dos que virão, impondo à sociedade e ao Estado os encargos de realização desse desejo. (LÓBO, 2021, p. 101).

A transmissão de aspectos da identidade vertical por meio de tecnologias de reprodução humana assistida, que coloque em risco a autonomia, a dignidade e a pessoalidade dos futuros filhos, representa a “imposição de um modelo de vida que retira deliberadamente do ser gerado outras possibilidades de ser e atuar no mundo” (LIMA; SÁ, 2019, p. 52).

Assim, a decisão pela implantação de embriões que carreguem em si mutações genéticas causadoras de doenças, só seria legítima se ela fosse realmente necessária. Na qualidade de futuros pais, esses não podem escolher, deliberadamente, para os futuros filhos, limitações ao estado natural do corpo humano, em prol de um desejo egoístico de pertencimento a uma identidade que sequer se sabe se será ou não compartilhada pelos filhos.

O limite entre a normalidade e a anormalidade, nesse caso, é definida pelas funcionalidades biológicas naturais do corpo humano, que não podem se presumir indesejáveis pelos filhos que virão a nascer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe isso que chamam de reprodução. Quando duas pessoas decidem ter um bebê, elas se envolvem em um ato de “produção”, e o uso generalizado da palavra “reprodução” para essa atividade, com a implicação de que duas pessoas estão quase se trançando juntas, é na melhor das hipóteses um eufemismo para confortar os futuros pais antes que se metam em algo que não podem controlar. (SOLOMON, 2013, p. 11).

Essas palavras de Andrew Solomon levam a uma importante reflexão, indissociável do tema: é possível assegurar que uma deficiência, assumida como identidade pelos pais, também a será pelos filhos?

Conforme visto, equilibrar as diversas liberdades e princípios fundamentais é, certamente, o maior desafio da democracia. Para além disso, como diz a professora Maria de Fátima Freire de Sá, “o chão da vida é cheio de incertezas”. E o futuro não fornece substrato para responder com exatidão à essa questão que, extrapola os limites de atuação do Direito.

Entretanto, ao Direito cabe assegurar que tais liberdades fundamentais e o espaço de atuação de cada pessoa, na sua singular construção de vida boa e de pessoalidade, como um todo, sejam resguardadas. Desse modo, o ideal de perpetuação de si mesmos nos filhos não justifica uma escolha dos pais, que é capaz de determinar, de maneira irreversível, o modo de viver, a autonomia futura da criança que está por vir, quando há outras escolhas possíveis.

No tema em estudo, a autonomia privada dos pais no exercício do direito ao planejamento familiar, mediante a utilização das técnicas de reprodução humana assistida objetivando a transmissão de doença/deficiência em prol da transmissão de uma identidade vertical cede em face da preservação da dignidade, da autonomia e da pessoalidade futura dos filhos. Enquanto que, de outro lado, aos pais é atribuído, desde a idealização do projeto parental, o múnus de observar os deveres inerentes ao exercício da autoridade parental, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente e a dignidade daquele que virá a nascer. Por essa razão, tendo em vista o paradigma da autonomia privada no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a primazia dos interesses dos pais em transmitir identidade vertical aos filhos, em detrimento de uma limitação biológica definitiva destes.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGIÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA (Brasil). **Dados de produção de embriões SisEmbrio 2019**: Número de embriões congelados por ano. Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTktYTBhMzBkMjhjYjM1IiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWZzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- ALVARENGA, Bruno Henrique Andrade. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos jurídicos na seleção pré-implantacional de embriões. Curitiba: Appris, 2020.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista Informação Legislativa**, ano 26, n. 102, abr/jun, 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181930/000444811.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- ARNAZ, Roberto. G1. **Pais que escolhem bebês com deficiências genéticas acendem debate nos EUA**. 21 jan, 2007. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1428612-5602,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BOVA, Malaika. ABC NEWS GO. **Não aos embriões 'surdos'**: nova lei de fertilidade tornaria ilegal para os britânicos surdos escolherem embriões surdos. 10 fev. 2009. Disponível em: <https://abcnews.go.com/Health/story?id=4464873&page=1>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021. **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73. Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.
- EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRIOLOGY. **EIM data collection. 2019**. Disponível em: <https://www.e-clinical.org/eshre/index.aspx?ReturnUrl=%2feshre>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LIMA, Taísa Maria Macena. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a Infância e a Adolescência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

LO TURCO, Edson Guimarães; FERREIRA, Christina Ramires. Marcadores Moleculares. *In*: BORGES JR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches, FARAH, Leila Montenegro Silveira (Editores). **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011. Cap. 5. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 5. *E-book*.

MENDES, Marcela Custódio; COSTA, Ana Paula Pimentel. Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. **Revista de Ciências Médicas e Biológicas**, v.12, n.3, p.374-379, Salvador, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cmbio/article/view/8269>. Acesso em:

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Rev. SBPH**, v. 12 n. 2, Rio de Janeiro, dez., 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v12n2/v12n2a04.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

NUSSBAUM, Robert L.; MCINNES, Roderick R.; WILLIARD, Huntington F.; **Thompson & Thompson Genética Médica**. Trad. Ana Julia Perrotti-Garcia. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional, 2016.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar: limites e liberdades parentais**. Indaiatuba: Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição [recurso eletrônico]: ética na era da engenharia genética**. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2013.

SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento Genético e Responsabilidade civil: as ações por concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.