

ACESSO ÀS TÉCNICAS REPRODUTIVAS ARTIFICIAIS E O CRITÉRIO DA ESTERILIDADE E/OU INFERTILIDADE

Itanaina Lemos Rechmann¹

RESUMO

Às técnicas reprodutivas artificiais associa-se o alto custo, de modo que este fator econômico, por si só, já dificulta um amplo acesso às mesmas. Diante disso, o critério da esterilidade e/ou infertilidade como pressupostos ao acesso às técnicas reprodutivas artificiais diminuiria, ainda mais, o núcleo de pessoas que estariam legitimadas a manejar o aparato reprodutivo artificial dada a existência, por exemplo, de sujeitos que não necessariamente são acometidos desses problemas de saúde, mas que igualmente buscam a efetivação do livre planejamento familiar e da paternidade responsável, a exemplo das pessoas solteiras e dos homossexuais.

PROBLEMA

O critério da esterilidade e/ou infertilidade são pressupostos para o acesso às técnicas reprodutivas artificiais, à luz da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.121/2015?

REVISÃO DA LITERATURA

Antes de verificar se a esterilidade e/ou a infertilidade constituem pressupostos ao acesso à reprodução artificial, pontua-se que ambos serão utilizados como, por razões metodológicas, haja vista a inexistência de diferenciação precisa entre ambas e que, inclusive, podem acometer tanto o sexo masculino quanto o sexo feminino.

¹ Bacharela em Direito, com diploma de honra ao mérito, e Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Salvador – UNIFACS. Mestranda na linha de Direitos Pós-Modernos: Bioética, Cibernética, Ecologia e Direito Animal pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Membro do Grupo de Pesquisa Vida, na área de Bioética, na Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada no escritório Borel & Prates Advogados Associados, com atuação em Direito Empresarial, Civil e Consumidor. E-mail: itana.rechmann@hotmail.com.

Especificamente na situação feminina, as mulheres têm retardado o projeto de concepção e, quando resolvem efetivá-lo, já estão em idade mais avançada, em geral com mais de trinta anos de idade, quando naturalmente a fertilidade não é a mesma de antes.

Mas, ainda assim, em atenção à importância da maternidade e ao respeito ao livre planejamento familiar, o Conselho Federal de Medicina – CFM passou a relativizar o limite de idade de até 50 anos para que as mulheres possam se valer das técnicas reprodutivas artificiais, não obstante o Conselho Nacional de Justiça, através do Enunciado de número 41, já houvesse asseverado que “O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar”.

Em que pese o CFM não tenha retirado a limitação de 50 anos para que a mulher possa se candidatar à gestação de reprodução assistida, o órgão de classe passou a admitir que mulheres em idade superior a esse limite também possam participar do procedimento, desde que o médico responsável, pautado em fundamentos técnicos e científicos, assim admita e a mulher-gestante também assuma os riscos por essa gravidez tardia, após esclarecimento quanto a esses, que podem acometer tanto ela própria quanto o feto ou ambos.

Retomando a imprecisão terminológica envolvendo a esterilidade e a infertilidade, cumpre registrar, em linhas gerais, que a esterilidade pode ser entendida como um grau maior de infertilidade, pois, enquanto nesta o sujeito, com vida sexual ativa e contínua, sem utilizar-se de métodos contraceptivos, não consegue conceber dentro do prazo de um ou dois anos, de modo que aqui a capacidade de ter filhos é reduzida, na esterilidade, por sua vez, essa capacidade natural de conceber é nula, não havendo possibilidade de cura com a utilização dos recursos terapêuticos disponíveis (ABC MED, 2015, p. 1).

Dando seguimento à verificação do critério da esterilidade e/ou infertilidade como pressupostos ao acesso às técnicas de reprodução humana artificial, na Resolução CFM nº 1.358, de 19 de novembro de 1992, havia previsão no item “I – Princípios Gerais” no sentido de permitir o acesso às técnicas de reprodução assistida aos portadores de “problemas de infertilidade humana”.

Para a citada Resolução, as técnicas reprodutivas artificiais consistiriam em auxílio ao processo de procriação, mitigando o sofrimento daquele que é infértil/estéril, longe de se pretender sustentar a ideia de filho como direito a realizar-se pela técnica, pois, do contrário, viabilizar-se-ia aquilo que Jorge Biscaia (2004, p. 81) denominou de “obstinações terapêuticas da reprodução assistida”, porquanto nem mesmo a esterilidade justificaria o uso de qualquer

meio e/ou processo, a todo custo, ao arrepio de valores éticos e jurídicos, para fins de obter a concepção.

Ainda, a Resolução CFM de 1992 atribuía caráter subsidiário às técnicas de reprodução humana assistida, porquanto essas só deveriam ser utilizadas na facilitação do processo de procriação “quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual de infertilidade”.

Igualmente, os Projetos de Lei nº 90/99 e nº 3.638/93 utilizavam-se do critério da infertilidade como propiciador do acesso às técnicas de reprodução assistida, de modo que apenas às pessoas inférteis (e no caso do Projeto de Lei nº 3.638/93 apenas as mulheres inférteis) seria permitido o uso das ditas técnicas (ESPÍNDOLA, 2004, p. 95).

Na linha exemplificativa de projetos de leis tendentes à regulamentação das técnicas de reprodução assistida, há, ainda, o Projeto de Lei nº 1.184/2003, o qual, em que pese limitava o acesso às técnicas de reprodução assistida aos casos de infertilidade, também o permitia para prevenção de doenças genéticas relativas ao sexo, consoante Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Naves (2011, p. 134), o que, de certa forma, representa um avanço desse projeto de lei em relação aos outros dois anteriormente citados.

Também a legislação italiana traz o acesso às técnicas reprodutivas artificiais como método secundário quando presente esterilidade/infertilidade, mas avança no sentido de admitir o acesso a elas mesmo se os demandantes (um ou ambos) não forem inférteis ou estéreis, desde que tenha sido constatado risco (possibilidade) de transmissão à descendência de algum tipo de enfermidade genética (AZOFRA, 2010, p. 98).

No cenário brasileiro, a atual Resolução CFM nº 2.121/2015, por sua vez, considera “a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la”.

Em que pese a vigente Resolução CFM nº 2.121/2015 encare a infertilidade humana como problema de saúde, Francisco Ballester (2011, p. 26) afirma que não ter filhos não se trata de enfermidade em si, mas de sintoma, consequência ou manifestação de outras coisas, tanto que, em alguns casos, compreendendo os sujeitos envolvidos o real sentido em ser pai ou mãe e passada a obstinação em ter um filho, como bem adquirível, se consegue, finalmente, por meios naturais, conceber.

Aparentemente em sentido diverso ao entendimento de Francisco Ballester, Cláudia Scheidweiler (2008, p. 20) afirma que o acesso às técnicas de reprodução humana assistida consiste em direito à saúde, “elevado à categoria de Direitos Humanos”. Logo, em se tratando de direito à saúde, os problemas que circundam a reprodução medicamente assistida se

traduzem em problemas de saúde, dentre os quais a infertilidade e a esterilidade ora examinadas, posto que o conceito de saúde engloba o bem-estar físico, psíquico e social.

Inclusive, há de se ter em vista, com base em Ana Thereza Meirelles (2014, p. 43), que a esterilidade pode consistir em efeito secundário de procedimentos médicos, a exemplo de cirurgias cesáreas, tratamentos quimioterápicos ou radioterápicos e uso de medicamentos específicos, todos, inegavelmente, relacionados à saúde.

Ainda que a atual Resolução CFM nº 2.121/2015 reconheça a importância da infertilidade humana nos termos apresentados em parágrafo antecedente, ela prevê, no item 1 dos Princípios Gerais, de modo mais genérico que a Resolução CFM nº 1.358/92, que “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, porquanto não limitou o acesso a tais técnicas aos sujeitos com problemas de infertilidade ou esterilidade, especificamente, haja vista a subjetividade envolvida na própria avaliação da infertilidade, acaso se admitisse essa como critério limitador do acesso às técnicas de reprodução assistida.

Ademais, a Resolução CFM nº 2.013/2013 (o que se sucedeu também na Resolução CFM nº 2.121/2015 vigente) retirou o caráter subsidiário das técnicas de reprodução assistida inferido anteriormente, pelo que se passa a entender que o acesso àquelas não é exclusivamente franqueado aos portadores de infertilidade ou que, mesmo que a pessoa seja acometida por infertilidade, ela sequer necessitaria recorrer primeiramente a outras terapêuticas para solucionar a situação de infertilidade que a acomete, podendo, de imediato, valer-se das técnicas reprodutivas artificiais, como procedimento alternativo à reprodução natural que restou inviabilizada.

Corroborando o enfrentamento da esterilidade e/ou infertilidade como critério de acesso às técnicas de reprodução assistida o reconhecimento pela Resolução CFM nº 2.121/2015 do uso dessas técnicas para relacionamentos homoafetivos e por pessoas solteiras, em respeito à sua dignidade, sujeitos os quais não necessariamente estão acometidos pela infertilidade, mas tão-somente há inviabilidade biológica na reprodução natural entre indivíduos do mesmo gênero ou falta um dos parceiros (independente da existência de vínculo afetivo) para a ocorrência da cópula com fins de possibilitar a fecundação.

Nesse sentido, afirma Ana Thereza Meirelles (2014, p. 44) que não somente a infertilidade/esterilidade justificam a realização do processo reprodutivo artificial, consistindo também em justificativas para o acesso à procriação artificial a possibilidade de “produção independente”, em prestígio à família monoparental, e o direito dos homossexuais em não contrariarem suas orientações sexuais para concretizarem a constituição de família.

O mero acesso às técnicas reprodutivas artificiais seja por homossexuais, seja para fins de formação de família monoparental, não ofende à dignidade do embrião, sendo a constituição de família decisão pautada na autonomia e na liberdade daquele que movimenta o aparato reprodutivo.

Desse modo, com fulcro em Fabiane Simioni (2006, p. 42) afirma-se que, respeitadas as dignidades envolvidas no processo reprodutivo artificial, não se pode excluir determinados sujeitos do acesso a tais técnicas, na perspectiva de que o Estado tem por objetivo fundamental a promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988).

Nesse ponto, a função social da reprodução humana assistida consiste em oportunizar aos sujeitos a procriação, garantindo o direito de saúde e mitigando eventual processo de angústia relacionado ao fracasso do projeto de paternidade, conforme indica Cláudia Maria Scheidweiler (2008, p. 24).

Em sentido diverso à argumentação ora expendida, Beatriz Gasparotto e Viviane Ribeiro (2008, p. 357), ao conceituarem reprodução humana assistida como sendo, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural”, afirma que esta tem por objetivo “possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. Tal definição se não errônea é, ao menos, simplória, pois restringe o acesso às técnicas de reprodução artificial àqueles com problemas de infertilidade e/ou esterilidade; diferente seria se pretendessem as autoras afirmar que constitui um dos objetivos da reprodução assistida combater a infertilidade e/ou esterilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, entende-se que a Resolução CFM nº 2.013/2013, seguida pela Resolução CFM nº 2.121/2015 (esta vigente, revogando a Resolução CFM nº 2.013/2013), ao não invocar o critério da infertilidade e/ou esterilidade humana como pressupostos ao acesso à reprodução artificial, permitindo o livre acesso às técnicas de reprodução assistida, privilegia o artigo 1.565, §2º, do Código Civil de 2002 e o artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, que tratam do direito fundamental ao livre planejamento familiar, este regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, que 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”, além do direito à saúde (artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, sustenta-se que não constitui critério exclusivo e necessário ao acesso às técnicas reprodutivas artificiais a infertilidade e/ou esterilidade, porquanto deve ser

oportunizada também a procriação artificial a viúvos, solteiros, divorciados e homossexuais ou, ainda, a casais portadores de doenças genéticas ou que estas tenham sido reveladas no seio familiar.

REFERÊNCIAS

ABC Med. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?**

Disponível em:

<<http://www.abc.med.br/p/309845/qual+a+diferenca+entre+infertilidade+e+esterilidade+quais+sao+as+causas.htm>>, Acesso em: 17 out. 2015.

AZOFRA, María Jorqui. El diagnóstico genético preimplantatorio: algunas cuestiones éticas y apuntes sobre su situación legal em Italia y España. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (coords.). **Meio ambiente, Direito e Biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado**. Curitiba: Juruá, 2010.

BALLESTER, Francisco José Ballesta. El equívoco de la esterilidad: enfermedad o manipulación? **Revista de Bioética y Derecho**, Madrid, n. 23, set. 2011, p. 21-34.

BISCAIA, Jorge. Problemas éticos da reprodução assistida. Brasília: **Revista de Bioética e Médica** publicada pelo Conselho Federal de Medicina. Vol. 11, n. 2, 2003. p. 81-90

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.121/2015**. Revoga a Resolução n. 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.013/2013**. Revoga a Resolução n. 1.957/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 41**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticia_25538422_JORNADA_APROVA_45_ENUNCIADOS_PARA_AUXILIAR_EM_DECISOES_DA_JUSTICA_NA_AREA_DA_SAUDE.aspx>. Acesso em: 04 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Saraiva**. CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (colaboradores). São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPÍNDOLA, José Sebastião. Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida. **Revista de Bioética e Médica** publicada pelo Conselho Federal de Medicina, Brasília, vol. 11, n. 2, 2003, p. 91-108.

GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues; RIBEIRO, Viviane Rocha. **Filiação e biodireito: uma análise da reprodução humana assistida heteróloga sob a ótica do Código Civil**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF nos dias 20 a 22 de novembro de 2008.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e Reprodução Humana Artificial: Limites éticos e Jurídicos**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19-29.

SIMIONI, Fabiane. **Tecnologias Conceptivas: gênero e poder em uma demanda por filhos**. Estudos Jurídicos, vol. 39, n. 1, janeiro-junho 2006.