

DEICY ISABEL WINCKLER

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ESTATUTO JURÍDICO DOS
EMBRIÕES RESULTANTES DA CONCEPÇÃO EXTRACORPÓREA**

**FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001**

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ESTATUTO JURÍDICO DOS
EMBRIÕES RESULTANTES DA CONCEPÇÃO EXTRACORPÓREA**

DEICY ISABEL WINCKLER

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS.

ORIENTADOR: PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

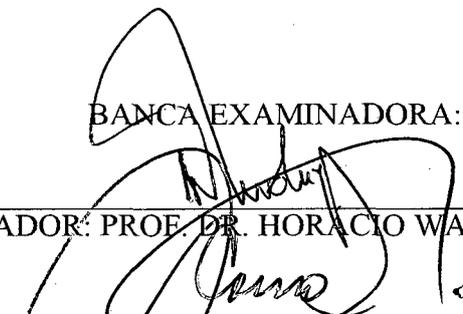
**FLORIANÓPOLIS (SC)
FEVEREIRO DE 2001**

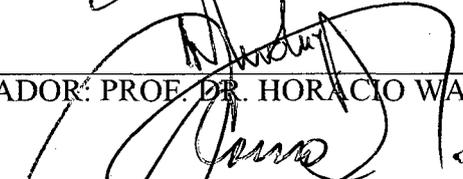
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

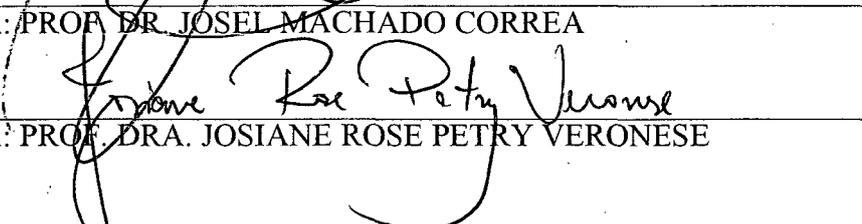
A PRESENTE DISSERTAÇÃO INTITULADA: **REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ESTATUTO JURÍDICO DOS EMBRIÕES RESULTANTES DA CONCEPÇÃO EXTRACORPÓREA**, ELABORADA POR DEICY ISABEL WINCKLER E APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, OBTVEVE APROVAÇÃO COM NOTA 9,34 (NOVE E TRINTA E QUATRO), SENDO JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

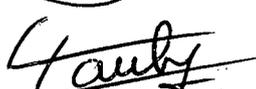
FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001

BANCA EXAMINADORA:


PROFESSOR ORIENTADOR: PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES


MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. JOSEL MACHADO CORREA


MEMBRO DA BANCA: PROF. DRA. JOSIANE ROSE PETRY VERONESE


Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

Ao Moacir, pelo apoio incondicional.

*Ao João Pedro e à Maria Isabel, por
terem suportado minha ausência.*

AGRADECIMENTOS

À Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus Chapecó, na pessoa de seu Diretor, Professor Gilberto Luiz Agnolin e do Coordenador do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Professor Idir Canzi.

À Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, ao Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito, Professor Doutor Christian Guy Caubet, ao Coordenador da Turma Especial UFSC–UNOESC/Chapecó, Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel, bem como aos demais professores e funcionários, notadamente ao Professor Mestre Reinaldo Pereira e Silva.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, pela atenção e dedicação incansáveis.

À Professora Doutora Silvana Winckler, da UNOESC/Chapecó, pelo apoio decisivo, em especial na obtenção de bibliografia, bem como ao Professor Doutor José Antonio Estévez Araujo, da Universidade de Barcelona.

Ao meu colega de trabalho, Milton José Schneider, pelo discreto incentivo.

Por fim, aos colegas do Mestrado, especialmente Helenice da Aparecida Dambrós Braun e Maria Aparecida Lucca Caovila.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
RESUMEM.....	viii
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I. INÍCIO DA VIDA HUMANA EM LABORATÓRIO	6
1. A FECUNDAÇÃO “IN VITRO”	12
2. O INÍCIO DA VIDA HUMANA	17
2.1. Terminologia.....	17
2.2. O Início da Vida.....	20
3. O CONSENTIMENTO INFORMADO	31
4. O DIREITO À PROCRIAÇÃO.....	36
CAPÍTULO II. O INÍCIO DA VIDA HUMANA E A TUTELA LEGAL.....	40
1. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL.....	46
2. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA EM OUTROS PAÍSES.....	56
2.1. Espanha.....	56
2.2. Alemanha.....	64
2.3. França	66
2.4. Noruega.....	67
2.5. Inglaterra.....	68
3. NORMAS COMUNITÁRIAS	70
4. ABORDAGEM COMPARATIVA.....	72

CAPÍTULO III. O VALOR DA VIDA HUMANA.....	77
1. QUALIDADE E DIGNIDADE DA VIDA HUMANA.....	78
2. O RESPEITO PELO CORPO HUMANO.....	87
3. O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO.....	92
4. O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO RESULTANTE DA CONCEPÇÃO EXTRACORPÓREA.....	97
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107
ANEXOS.....	111
Anexo I – Projeto de Lei Do Senado nº 90, de 1999	
Anexo II – Substitutivo Apresentado pelo Senador Roberto Requião (Relator) ao PLS 90/99, Aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em Reunião de 12/04/2000	

RESUMO

O avanço das ciências biomédicas propiciou o surgimento de vários métodos de reprodução humana assistida. Entre esses métodos, a fecundação *in vitro*, conhecida pela sigla FIV, é o que mais polêmicas tem provocado, por consistir na fertilização de gametas humanos em laboratório, fora do corpo feminino. A FIV fez com que surgissem bancos de embriões congelados disponíveis, que podem ser utilizados para a reprodução ou para outras finalidades, como, por exemplo, a pesquisa. O embrião fora do corpo materno fica submetido à possibilidade de manipulação e de seleção, facilitando procedimentos de caráter eugênico. A legislação penal brasileira define o aborto como crime, porém, não existe nenhuma limitação legal para a criação, conservação, utilização, manuseio e descarte de embriões produzidos extracorporeamente. Essa a razão da discussão sobre o estatuto jurídico do embrião humano resultante da FIV. Para tanto, foi levantada a clássica questão da definição do início da vida humana e as diversas teorias sobre o momento a partir do qual surge a vida, optando-se por considerar que a vida humana inicia-se no exato instante em que o espermatozóide penetra no óvulo, posto que, a partir daí, começa a formar-se um novo indivíduo (ou mais de um, no caso em que ocorra divisão gemelar do zigoto), que já é portador de todas as informações necessárias ao seu pleno desenvolvimento. O sentido da vida humana também foi abordado, sendo consideradas as noções de “qualidade” e “dignidade”, para concluir que a vida humana é um valor em si mesmo e por isso deve ser sempre respeitada e protegida, independente de qualquer critério externo de valoração. Existem projetos de lei em andamento no Congresso Nacional Brasileiro, visando disciplinar a utilização dos métodos de reprodução humana assistida. Contudo, falta uma discussão mais ampla na sociedade para definir procedimentos, como os que dizem respeito à permissão da existência de embriões supranumerários nos procedimentos da FIV e o destino a ser dado a esses embriões. Ressalta-se a incoerência em ser permitido o descarte de embriões de laboratório e ser proibido o aborto. O embrião humano, esteja ou não no útero materno, é portador do código genético humano e não pode ser tratado como coisa. O mesmo respeito devido ao corpo humano de uma pessoa adulta é devido ao corpo de uma pessoa em formação. A violação do direito à vida do embrião humano é um atentado contra a vida humana. Compete ao Estado tutelar os direitos fundamentais, entre os quais, o direito à vida e à inviolabilidade da pessoa, através de normas legais que criem mecanismos de disciplina e controle da ação das ciências. Para garantir o exercício do direito à vida de todos os embriões, é mister que seja vedada a criação pela FIV de embriões com fins diversos dos da procriação, bem como, de número maior de embriões dos que efetivamente serão implantados no útero de uma mulher para desenvolvimento da gestação.

RESUMEM

El avance de las ciencias biomedicas propició el surgimiento de varios métodos de reproducción humana asistida. Entre esos métodos, la fecundación *in vitro*, conocida por la sigla FIV, es el que más polémica ha generado, por consistir en la fertilización de gametas humanos en laboratorio, fuera del cuerpo femenino. La FIV hizo que aparecieran bancos de embriones congelados disponibles, que pueden ser utilizados para la reproducción o para otras finalidades, como, por ejemplo, la investigación. El embrión fuera del cuerpo materno está sometido a la posibilidad de manipulación y de selección, facilitando procedimientos de carácter eugénico. La legislación penal brasileña define el aborto como crimen, sin embargo no existe ninguna limitación legal para la creación, conserva, utilización, manipulación y descarte de embriones producidos extracorporalmente. Ese es el fundamento de la discusión sobre el estatuto jurídico del embrión humano resultante de la FIV. Para eso en ese trabajo se plantea, la clásica cuestión de la definición del inicio de la vida humana y las diversas teorías sobre el momento a partir del cual surge la vida, optándose por considerar que la vida humana tiene inicio en el exacto instante en el que el espermatozoide penetra el óvulo, ya que, a partir de ahí, comienza a formarse un nuevo individuo (o más de uno, en el caso de que ocurra división gemelar del cigoto), que ya es portador de todas las informaciones necesarias a su pleno desarrollo. El sentido de la vida humana fué también planteado, siendo consideradas las nociones de “cualidad” y “dignidad”, para concluirse que la vida humana es un valor en sí mismo y por eso debe ser siempre respetada y protegida, independientemente de cualquier criterio externo de valoración. Existen proyectos de ley en tramitación en el Congreso Nacional Brasileiro, objetivando disciplinar la utilización de los métodos de reproducción humana asistida. Sin embargo, hace falta una discusión más amplia en la sociedad para definir procedimientos, como los relativos a la autorización para la existencia de embriones supranumerarios en los procedimientos de la FIV y el destino a dar a esos embriones. Se resalta la incoherencia de permitir el descarte de embriones de laboratorios y a la vez estar prohibido el aborto. El embrión humano, esté o no en el interior del útero materno, es portador del código genético humano y no puede ser tratado como cosa. El mismo respeto debido al cuerpo de una persona adulta es debido al cuerpo de una persona en formación. La violación del derecho a la vida del embrión humano es un atentado contra la vida humana. Es competencia del Estado tutelar los derechos fundamentales, entre los cuales, el derecho a la vida y la inviolabilidad de la persona, a través de normas legales que creen mecanismos de disciplina y control de la acción de los científicos. Para garantizar el ejercicio del derecho a la vida de todos los embriones, es fundamental que sea prohibida la creación por la FIV de embriones con fines diferentes de aquel de la procreación, así como, en número mayor de los que efectivamente serán implantados en el útero de una mujer para el desarrollo de la gestación.

INTRODUÇÃO

As últimas décadas propiciaram extraordinários avanços tecnológicos, notadamente na área das ciências biomédicas. Entre esses avanços, encontram-se os que dizem respeito às novas formas de resolver problemas de esterilidade humana, através de diversos métodos de reprodução assistida.

A preocupação do presente trabalho volta-se para o método de reprodução humana assistida, denominado fecundação *in vitro* (FIV), o qual consiste na criação de embriões em laboratório, utilizando gametas previamente retirados do corpo humano e colocados em contato de forma artificial, para que ocorra a fertilização.

A larga utilização da FIV nos dias atuais, em todo o mundo, gerou como consequência o problema dos chamados “embriões sobrantes”, posto que o primeiro passo para a aplicação desse método de procriação assistida é a retirada do líquido folicular dos ovários femininos, no qual se encontra, geralmente, um grande número de óvulos. Colocados esses óvulos em contato com espermatozoides masculinos, acabam por ser gerados vários embriões. Desses embriões, alguns são selecionados para a implantação no útero e prosseguimento da gestação. Os demais são congelados, para uma nova tentativa, caso não tenha sucesso a gestação dos primeiros embriões implantados.

A possibilidade de manutenção de embriões humanos congelados por tempo indefinido fez com que surgissem bancos especializados que, além de fazerem a conservação de embriões sobrantes da FIV, podem criar embriões a partir de gametas doados ou vendidos, com objetivo não somente de utilização na procriação humana, mas

também de realizar pesquisas científicas ou empregá-los para outras finalidades de natureza comercial e industrial.

Dessa forma, o presente trabalho foi desenvolvido a partir do objetivo geral de estudar o estatuto jurídico do embrião humano concebido em laboratório e a necessidade de impor limites na utilização das técnicas de reprodução humana assistida, tendo como objetivos específicos:

a) Desenvolver pesquisa sobre os métodos de reprodução humana assistida que consistam na fecundação fora do útero materno; tratamento dado aos embriões que deles resultam; critérios para a utilização desses métodos; informações prestadas pelos profissionais médicos aos usuários e destino dado aos embriões que sobram.

b) Verificar as garantias que nossa legislação dá aos embriões humanos e o controle por ventura existente sobre a prática de reprodução humana *in vitro*; pesquisar qual o estatuto jurídico que a legislação estrangeira dá ao embrião fecundado em laboratório.

c) Discutir o sentido da vida humana e a necessidade da existência de normas que definam a partir de que momento é devida a tutela jurídica à vida humana, bem como quais são os direitos dos embriões fecundados em laboratório, estabelecendo controle sobre a manipulação de embriões em laboratório.

Na abordagem do assunto, no primeiro capítulo, é feita uma discussão sobre o início da vida humana, com a descrição preliminar da vida criada em laboratório pela fecundação *in vitro*, seguida de uma reflexão sobre o início da vida considerando: a) as concepções que defendem haver vida humana desde a penetração do óvulo pelo espermatozóide; b) as concepções que consideram que a vida efetivamente inicia com a união dos pronúcleos dos gametas; c) as concepções que acreditam na existência do pré-

embrião e a conseqüente existência de vida individual somente após a nidação; d) as concepções que condicionam o começo da vida humana à presença de atividade elétrica cerebral.

Sendo possíveis vários posicionamentos sobre o início da vida humana e sobre muitos outros aspectos que dizem respeito à utilização da FIV, é levantada a preocupação com o “consentimento informado”, que deve ser garantido às pessoas que se utilizam do método, posto que a autonomia do paciente para decidir sobre o uso de qualquer método de tratamento passa pela informação prestada pelo especialista no assunto, esclarecendo sobre os riscos e resultados esperados.

Fechando o primeiro capítulo, aborda-se o direito à procriação, com o questionamento sobre se esse direito deve ser visto como inerente ao ser humano, especialmente em face do conceito de saúde como “completo bem-estar físico, mental e social”. O desejo de ter filhos deve ser considerado tendo presente que o filho desejado não pode ser simplesmente objeto de um desejo, por ser ele mesmo sujeito de direitos.

O segundo capítulo tem por objeto a tutela legal ao início da vida humana. Embora a legislação brasileira garanta o direito à vida do embrião humano, ao considerar crime o aborto, nada refere quanto à vida do embrião resultante da FIV e ainda não implantado, uma vez que a definição do crime de aborto pressupõe a existência da figura de uma gestante.

Ainda não existe no Brasil uma regulamentação específica da utilização dos métodos de reprodução humana assistida. Embora estejam tramitando no Congresso Nacional projetos de lei que visam regulamentar esse assunto, a verdade é que não existe qualquer limitação, disciplina ou controle da criação, conservação e utilização de embriões humanos em laboratórios.

Fazendo uma análise do teor dos projetos de lei que visam disciplinar a reprodução assistida no Brasil, conclui-se pela necessidade de um amplo debate social sobre o tema, com a finalidade de definir as condutas nesse campo levando em consideração o sentimento nacional, o qual é entendido não somente pelas posições do meio científico, mas também das diversas correntes filosóficas, políticas e religiosas existentes no país.

No segundo capítulo é referida, também, a regulamentação da reprodução humana assistida em outros países, abordando a legislação da Espanha, Alemanha, França, Noruega, Inglaterra e algumas normas comunitárias.

A preocupação inicial do terceiro capítulo é com a discussão sobre o valor da vida humana, questionando se a vida possui um valor em si ou depende de valores externos para ter uma valoração.

Os conceitos de qualidade e dignidade da vida humana são abordados a partir do posicionamento de vários autores, visando chegar à análise da possibilidade de seleção de embriões criados pela FIV e dos possíveis critérios utilizados nessa seleção.

O respeito pelo corpo humano é outro aspecto levantado, a partir das concepções que consideram o corpo um valor e das que o consideram uma mercadoria.

A realidade da corporeidade do ser humano faz com que surja a indagação sobre se a ausência de um corpo formado reduz o direito à inviolabilidade corporal do embrião humano. Ressalte-se que o embrião possui, em si próprio, todo o comando necessário para o desenvolvimento completo do seu corpo.

O estatuto jurídico do embrião humano, ponto central de toda a abordagem deste trabalho, é especificamente tratado na parte final do terceiro capítulo.

Partindo da noção de personalidade, como capacidade de possuir direitos e obrigações no campo jurídico, analisa-se a extensão ou não dos direitos inerentes ao ser humano aos embriões originários da FIV, quando não implantados.

A definição do estatuto jurídico do embrião humano remete à discussão sobre o início da vida humana. Defende-se que a partir da união dos gametas há vida humana. Logo, são inerentes ao embrião humano, desde a penetração do óvulo pelo espermatozóide, todos os direitos fundamentais dos homens. Não havendo nenhuma diferença entre o embrião concebido no útero e o resultante da fecundação *in vitro*, ambos devem ter reconhecida a condição de “pessoa”.

CAPÍTULO I

INÍCIO DA VIDA HUMANA EM LABORATÓRIO

O desejo de ter filhos é comum nos seres humanos. Seja pelo instinto natural de preservação da espécie, seja pelo desejo inconsciente de vencer a morte e perpetuar a vida através da prole, ou por outro sentimento ou razão, muitos indivíduos fazem da procriação um motivo importante para suas vidas.

Os homens, no entanto, apesar de sentirem a necessidade da procriação, distinguem-se dos demais animais pelo aspecto de que a sexualidade humana não é vista somente como meio de perpetuação da espécie. O ato sexual tem um fim e um valor em si mesmo, não somente pela satisfação da libido, pela busca do prazer físico, mas também pela complementação de outra ordem de sentimentos, decorrente da necessidade que o ser humano tem de partilhar sua vida, suas emoções, de sentir-se amado, desejado, aceito.

Atendendo a essa ordem de valores, a ciência, que tem sido a forma encontrada pelos homens de buscar os meios de satisfazer as suas necessidades, voltou-se à realização de pesquisas com o fim de possibilitar o exercício do ato sexual sem risco de fertilização, quando essa não fosse desejada. Com o surgimento dos métodos contraceptivos aumentou a liberdade sexual e mudaram-se conceitos e preconceitos no campo da sexualidade.

Entretanto, se a sexualidade sem procriação trouxe satisfação a uma necessidade, ela não excluiu o desejo de procriar. Um percentual significativo da

população humana apresenta alguma dificuldade para gerar filhos¹. Mais uma vez ocorre a ciência, pesquisando agora os meios de solucionar o problema da esterilidade, surgindo com isso diversas técnicas de reprodução humana assistida.

Vistas com simpatia pela população em geral, as técnicas de reprodução humana assistida difundem-se largamente nos dias atuais. Porquanto ainda não superadas as discussões sobre os aspectos éticos de algumas formas de controle da natalidade, surge de forma muito mais incisiva a necessidade de discutir aspectos éticos das novas formas de concepção do ser humano.

As técnicas mais comuns de reprodução humana assistida são a inseminação artificial, a transferência intratubária de gametas, a transferência intrabutária de zigotos e a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões².

Segundo PESSINI e BARCHIFONTAINE por meio da inseminação artificial dá-se a transferência mecânica de espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino. Pela transferência intratubária de gametas, os espermatozóides e ovócitos, previamente isolados, são transferidos para o interior das trompas uterinas, de modo a que só aí se dê a sua fusão. Pela transferência intratubária de zigotos, os gametas são colocados em contato *in vitro* e os zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. Na fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, os zigotos continuam a ser incubados *in vitro* até que se dê a sua segmentação, havendo a transferência dos embriões resultantes para o útero ou para as trompas. É o chamado bebê de proveta³.

¹ Registra-se que "10% dos casais são estéreis" (FROTA-PESSOA, Oswald. Fronteiras do Biopoder. **Revista Bioética**, v. 5, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em 15/08/2000).

² PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4.ed., rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1997, p. 220.

³ PESSINI, L; BARCHIFONTAINE, C. P. *op. cit.*, p. 220.

Entre as formas de reprodução humana assistida, a que mais polêmicas tem gerado é a fecundação *in vitro*, também conhecida pela sigla FIV, pela qual os gametas são previamente retirados do corpo humano e postos em contato de forma artificial em laboratório. A vida humana que sempre iniciou na cavidade uterina feminina pode iniciar-se agora fora do útero, onde está ao alcance do manuseio do cientista. O embrião criado em laboratório pode ser mantido por tempo indefinido sob congelamento e, para desenvolver-se, necessita apenas ser implantado no útero de uma mulher, fato que nem sempre ocorre.

A disponibilidade de embriões vivos congelados gerou a possibilidade de sua análise através de biópsias que identifiquem problemas congênitos de que sejam portadores, de sua utilização em pesquisas científicas, além de abrir margens à sua comercialização. Antes da implantação no útero materno, o embrião passa por um processo de seleção. Essa seleção ocorre em decorrência de que na coleta do líquido folicular nos ovários femininos, primeiro passo no processo da FIV, o número de óvulos retirados é maior do que o necessário⁴. Colocado esse líquido em contato com os espermatozóides, acabam por ser fecundados um grande número de óvulos. Ante a impossibilidade de gestação de todos os óvulos fecundados, surge o problema dos embriões sobranes, que são mantidos congelados.

Na seleção de embriões resultantes de FIV pode ocorrer o uso de critérios de caráter eugênico, como a seleção de sexo, de raça, a eliminação dos portadores de certas doenças, a escolha de determinadas características do novo ser. Essas são possibilidades assustadoras, quando se percebe que não há nenhuma restrição quanto aos critérios utilizados. O cientista age com toda autonomia e a reprodução humana passa a ser vista como um comércio rentável, em que o comerciante atende ao desejo de seu cliente

⁴ Na FIV, em razão da estimulação ovárica, podem ser obtidos de uma mulher dez, quinze ou vinte óvulos. Tendo em conta que em torno de 60% a 80% são fecundados, resta o problema do que fazer com eles. (AÑÓN, Carlos. **Reproducción, poder y derecho**. Madrid: Editorial Trotta. 1999, p. 60).

entregando-lhe a “mercadoria” que possui as características que a ele interessam. Só que essa mercadoria é um ser humano, relegado à situação de “coisa”, objeto de mercado, que pode ser adquirido pelo melhor preço, por quem possa pagar.

A diferença entre as classes econômicas surge mais uma vez. A venda de esperma se torna um comércio rentável aos homens de baixa renda. A mulher pobre aluga seu ventre para gerar o filho da que pode pagar por mais esse “serviço”. Muitas vezes ela não somente aluga o seu útero mas também vende o seu óvulo, como mercadoria vil. O próprio filho é o preço da sua miséria. E dizer que se trata apenas de um óvulo é mascarar a realidade do aviltamento do valor da vida humana.

Abordando o mercado da reprodução, BERLINGER e GARRAFA observam que:

A reprodução assistida ou fecundação artificial humana teve origem como solução para a esterilidade, mas logo em seguida às técnicas e às doações, juntou-se o mercado. Ainda que teoricamente todos os elementos do sistema possam ser objeto de comercialização, despertou interesse até agora sobretudo dois fenômenos: a passagem da doação à venda do esperma, e depois também dos óvulos; e o aluguel do útero por parte de mulheres para casais estéreis.⁵

Os autores relacionam alguns casos dignos de nota, como o aparecimento no *Times*, de Londres, de um anúncio publicitário do *Genetics and Ivf Institute*, com sede em Fairfax (Washington), que prometia fecundação rápida e seletiva a um preço equivalente a 25 milhões de libras, e o envio, pela empresa ICNY, com sede em Nova Iorque, de folhetos aos ginecologistas explicando as vantagens e procedimentos de seu trabalho de procurar mães substitutas.⁶

⁵ BERLINGER, Guiovanni.; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.** Brasília: UNB, 1996. p. 67.

⁶ BERLINGER, G.; GARRAFA, V. Idem, p. 70.

BERLINGER e GARRAFA abordam o aluguel de úteros no mesmo contexto que falam da prostituição e consideram que a experiência das mães substitutas é outra forma de *venda do uso* do corpo feminino, ligada ao sexo e à reprodução. Relatam:

Em junho de 1992, por exemplo, tanto a revista IstoÉ, quanto o Jornal do Brasil publicaram anúncios de duas mulheres brasileiras dispostas a alugar o próprio útero por US\$ 10 mil a casais interessados. Uma era mãe solteira do Rio de Janeiro, ex-modelo, com quatro filhos (dos quais, dois ainda em fase de aleitamento), a outra, uma contadora de Minas Gerais, sem trabalho há três anos, ambas em condições de desespero, na luta pela própria sobrevivência.⁷

Não importa se a visão que se tenha da vida envolva valores de caráter religioso ou seja apenas materialista, se se acredita ou não que o homem possui em si algo além da matéria que compõe seu corpo. O fato é que o que vincula os seres humanos entre si é uma ordem de sentimentos que transcende a qualquer visão utilitarista de valores. Assim, a transmissão da vida não pode ser vista como um simples ato de comércio, desprovido de sentimentos, pois são os sentimentos que alçam o ser humano a uma dimensão superior, da qual decorre o próprio sentido da dignidade humana.

Certamente, não é só para fins de reprodução que os embriões são criados em laboratório. Há os que são fecundados com o fim único da pesquisa. A esse respeito, SINGER relata que a FIV é, atualmente, um procedimento rotineiro para certos tipos de infertilidade, tendo dado origem a milhares de bebês saudáveis. O autor acrescenta que *para chegar a esse ponto, porém, muito mais embriões tiveram de ser destruídos em experiências, e os novos avanços das técnicas de FIV vão exigir a continuidade dos experimentos.*⁸

⁷ BERLINGER, G.; GARRAFA, V. *op. cit.*, p. 30

⁸ SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A Revista Jurídica Consulex⁹ de agosto de 1999, publicou matéria sobre a eliminação de embriões congelados na Inglaterra, em decorrência de que o prazo de estocamento é limitado por lei em cinco anos. Relata que o Dr. Bourn Hall, que teria sido o primeiro a obter um bebê de proveta¹⁰, apresentava mais de oitocentos embriões congelados, os quais foram eliminados em decorrência da lei inglesa que limita em cinco anos o prazo de conservação de embriões.

A esse respeito VERONESE, manifesta que *centenas de milhares de embriões humanos congelados, distribuídos por diversas clínicas de fertilização, têm sido literalmente jogados no lixo*¹¹.

A autora prossegue:

*Eliminam-se sob o aval de uma evolução técnico-científica, milhares de vidas, como se fossem sucatas, restos de laboratório. Se analisarmos de modo mais profundo tal assunto, poderemos indagar se não estamos diante de um infanticídio em massa consentido ou, como preferem outros, diante de um "massacre pré-natal"?*¹²

A possibilidade de se manter sob congelamento embriões humanos fez com que surgissem bancos de "embriões disponíveis". Mas disponíveis para quê? Será que o embrião humano se converteu numa mercadoria que pode ser negociada livremente? Se esse embrião apresentar algum "defeito", pode ser descartado, como mercadoria imprestável? Ou esse embrião é um ser humano e, portanto, detentor do primeiro dos direitos do homem, o direito à vida e, conseqüentemente, o direito de ser implantado em um útero para ser levado a termo e gozar dos demais direitos indisponíveis do ser humano?

⁹ Embriões. Revista Jurídica Consulex. a. III, v. I, n. 31. Editora Consulex, ago./1999, p. 41.

¹⁰ Observação: Vários autores referem que o primeiro bebê de proveta foi obtido pelos médicos ingleses Robert G. Edwards e Patrick C. Steptoe. Ex.: VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos. Revis. / 1998, p. 100.

¹¹ VERONESE, Josiane Rolê Petry. **Entre violentados e violentadores**. São Paulo: Cidade Nova, 1998, p. 48.

¹² VERONESE, J. R. P. Idem, p. 49.

A partir dessas considerações justifica-se a preocupação do presente trabalho com a discussão sobre o estatuto jurídico do embrião humano. Para essa discussão, faz-se necessário descrever a técnica da fecundação *in vitro* e, fundamentalmente, refletir sobre o início da vida humana, o que se fará a seguir, e sobre o sentido da vida humana, que será abordado no último capítulo.

1. A FECUNDAÇÃO “*IN VITRO*”

Com as técnicas de reprodução humana assistida surgiram várias expressões, tais como: inseminação artificial, fecundação *in vitro*, inseminação homóloga e heteróloga, etc.

Conforme FERNÁNDEZ¹³, muitas vezes essas expressões são pouco corretas. A autora esclarece que a chamada “inseminação artificial” é aquela que se produz à margem da coabitação sexual. A união do óvulo e do espermatozóide ocorre fora do coito. Embora freqüentemente seja utilizada a expressão “fecundação artificial” como sinônimo de “inseminação artificial”, essas não podem ser confundidas, uma vez que a fecundação é o objetivo pretendido e a inseminação artificial é o método utilizado para atingir esse objetivo. Por outro lado, sendo o óvulo e o espermatozóide, dos quais resultam a fecundação, completamente naturais, somente a maneira como é realizada a fecundação é artificial.

Fala-se em “inseminação homóloga” e “inseminação heteróloga” devido ao fato de que a inseminação artificial pode ocorrer com o sêmen do próprio marido ou companheiro da mulher que deseja ter o filho ou com espermatozóide de um doador, sendo

¹³ FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995. p. 15.

chamada homóloga no primeiro caso e heteróloga no segundo.

FERNÁNDEZ¹⁴ enfatiza que essas denominações não são corretas, uma vez que “homóloga” quer dizer da mesma espécie e “heteróloga”, de espécies diferentes. Dessa forma, na reprodução humana, somente se realiza inseminação homóloga já que se utilizam somente gametas humanos.

Apesar da relevância das considerações da autora acima referida, entende-se que, na falta de nomenclatura mais adequada, justifica-se a utilização das expressões “inseminação homóloga” e “inseminação heteróloga” para distinguir a inseminação feita com a utilização de gametas do marido ou companheiro da mulher que vai procriar da inseminação que utiliza gametas doados.

A fecundação *in vitro*, também identificada pela sigla FIV, decorre da união do óvulo e do espermatozóide em laboratório. O método supõe a extração prévia do óvulo de uma mulher, com a realização da fecundação numa placa de cultivo, sendo o embrião resultante reinsertado no útero. Esse método possibilita a utilização de sêmen do marido ou companheiro da mulher que vai gerar a criança ou de um doador.

A FIV dá margem também à utilização de óvulos doados, ou seja, vindos de mulher diferente daquela que vai receber o embrião em seu útero para prosseguir a gestação. Essa possibilidade fez surgir as chamadas “mães de aluguel”, “substitutas” ou “sub-rogadas”, ou seja, mulheres que emprestam ou alugam seus úteros para gestar filhos de outras.

Para explicar a forma pela qual se processa a Fecundação *in vitro*, recorre-se ao autor AÑÓN¹⁵, que trata detalhadamente do assunto, estando baseadas em sua obra

¹⁴ FERNÁNDEZ, M. C. *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ AÑÓN, C. L. *op. cit.*, p. 33-42.

todas as colocações que seguem sobre o tema.

As primeiras tentativas de fecundação *in vitro* foram realizadas em 1944, pelos biólogos Rock e Merkin. O primeiro êxito no método foi obtido pelos cientistas britânicos Steptoe e Edwards, que vinham pesquisando desde 1967 e somente em 1978 conseguiram produzir o primeiro bebê de proveta: Louise Brown, nascida na Inglaterra.¹⁶

A FIV ocorre em ambiente criado em laboratório, que reproduz o das trompas de falópio. Para essa forma de fecundação é preciso a extração prévia de óvulos, sendo utilizada a estimulação do ovário com o fim de obter o amadurecimento de maior número de óvulos, já que, normalmente, o organismo feminino libera um óvulo a cada ciclo. Essa estimulação ovárica é realizada através de tratamento hormonal.

A inseminação artificial pode ser realizada com sêmen fresco ou congelado. O congelamento de óvulos apresenta um grau de dificuldade maior, posto que o gameta feminino é recoberto por uma fina membrana que pode ser danificada com o congelamento, razão pela qual é mais fácil o congelamento de embriões, ou seja, de óvulos já fecundados.

Nas primeiras experiências com congelamento de sêmen os espermatozoides sofreram danos durante o processo. Em 1949, cientistas descobriram uma substância que protegia os espermatozoides das baixas temperaturas. Essas experiências foram feitas inicialmente com sêmen de bovinos, sendo utilizada uma substância chamada glicerol, que foi o primeiro *crioconservador*, ou seja, substância capaz de suavizar as trocas bruscas de temperatura. Por isso fala-se em sêmen crioconservado, sendo que hoje existem outras substâncias crioconservadoras, além do glicerol. Graças a essas substâncias tornou-se possível o surgimento de bancos de sêmen. Embora o sêmen descongelado não

¹⁶ ANÓN, C. L. *op. cit.*, p. 33.

consERVE totalmente as condições do fresco, as limitações referem-se somente a menor mobilidade dos espermatozoides e menor percentagem de fertilidade.

Na fecundação *in vitro*, o procedimento é precedido, como já exposto, da estimulação ovárica da mulher que vai fornecer os óvulos, seguida da retirada dos óvulos por meio de laparoscopia. Esse processo, obviamente, é mais complicado do que a coleta do sêmen, sendo, inclusive, mais danoso para a mulher por exigir uma intervenção em seu organismo, já que a laparoscopia consiste na introdução de um tubo no organismo feminino, através do qual se introduz um laparoscópio, que é uma espécie de telescópio de fibra ótica que permite seja realizada a punção dos folículos dos ovários, com a utilização de uma agulha.¹⁷

A punção realizada na mulher visa obter o líquido folicular (dos ovários), o qual é remetido ao laboratório de fecundação a fim de determinar-se a maturidade dos óvulos, que são colocados em meio de cultura que imita as condições naturais. Verificada a presença de óvulos, são colocados espermatozoides no mesmo meio para que ocorra a fertilização. Em menos de vinte e quatro horas retira-se os óvulos, e verificada a fecundação, os zigotos são transferidos a um meio de crescimento.

O zigoto é a célula que resulta da fecundação dos gametas, na qual se encontra toda a informação genética do futuro indivíduo. O processo que se segue após a penetração do óvulo pelo espermatozoide é longo e complexo. Após a fecundação, os estágios que se seguem no desenvolvimento do novo indivíduo se distinguem pelo número de células em que se tenha dividido o zigoto, até que se produz a fixação na parede do útero, o que ocorre ao redor do décimo quarto dia da fecundação. Até esse momento, quase

¹⁷ AÑÓN, C. L. *op. cit.*, p 40.

a metade dos embriões são abortados espontaneamente. No caso de transferência de embriões fecundados *in vitro*, o percentual de abortos é bem maior.¹⁸

A transferência dos zigotos para o útero da mulher que deseja gestar vai ocorrer em torno de quarenta e oito horas após a punção que retirou os óvulos. Os embriões são introduzidos por meio de um catéter através do canal cervical endometrial da mulher. Geralmente são transferidos de três a cinco embriões, em razão de que é baixa a possibilidade de efetiva fixação dos embriões transferidos. Essa possibilidade aumenta com as transferências múltiplas. Por outro lado, essa prática enseja um aumento de casos de gestação múltipla, com a conseqüente utilização dos chamados procedimentos de redução embrionária, que consistem na provocação de abortos para reduzir o número de embriões.

AÑÓN¹⁹ relata, ainda, que os dados sobre os índices de êxito da fecundação *in vitro* são contraditórios, em razão da falta de controle externo e a competição entre os centros que pesquisam e utilizam esse método, que teriam interesse em passar uma visão otimista que induza a demanda. Porém, os procedimentos da FIV fracassam em oitenta e oito por cento dos casos.

Contra o obscurantismo reinante na aplicação dos métodos de fecundação *in vitro* o remédio a ser empregado é a informação. Os usuários devem ser informados quanto ao procedimento adotado, suas conseqüências e riscos, bem como qual o percentual de êxito e fracasso verificado nos casos em que houve a aplicação da técnica. Este assunto será abordado mais adiante.

¹⁸ AÑÓN, C. L. *op. cit.*, p. 33 e 42.

¹⁹ AÑÓN, C. L. *Idem.* p. 44.

2. O INÍCIO DA VIDA HUMANA

2.1. Terminologia

O grande desenvolvimento na área das ciências biomédicas trouxe novas situações antes não imaginadas, as quais provocam infinitas indagações e um complexo número de problemas nunca antes perqueridos, tais como: a) as pesquisas genéticas e a conseqüente possibilidade de interferência do homem num campo que antes era considerado obra exclusiva da natureza; b) a dissociação entre o ato sexual e a procriação; c) o transplante de órgãos e, mais recentemente, o desenvolvimento de órgãos humanos em laboratório; d) a possibilidade de prolongar a vida de forma artificial, e outros. Essas são algumas das novidades da ciência que geram a necessidade de se retomar as reflexões éticas sobre a vida.

Em conseqüência dessas novas reflexões surgiu, recentemente, o termo “bioética”, o qual se refere aos problemas éticos que decorrem dos avanços científicos na área da biologia e medicina. Quem se utilizou primeiro dessa expressão foi o americano Van Renselaer Potter, da Universidade de Wiscosin, em 1971, no livro intitulado: “Bioética: uma ponte para o futuro.”²⁰

POTTER definiu o neologismo “bioética” como o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências humanas e da atenção sanitária, enquanto se examina esta conduta à luz de valores e princípios morais.²¹

GAFO analisa que o sentido dado ao termo por POTTER é diferente ao desenvolvido posteriormente. POTTER aspirava criar uma disciplina que fosse como uma

²⁰ GAFO, Javier. Historia de una nueva disciplina: La bioética. In.: **Derecho biomédico y bioética**. Coord. Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1998. p. 88.

²¹ GAFO, J. Idem, Ibedem.

ponte entre duas culturas, a das ciências e a das humanidades. Sua preocupação era a sobrevivência tanto da espécie humana, como das culturas criadas pelo homem. Por isso afirmava que o objetivo último da nova disciplina era não somente enriquecer as vidas humanas, mas prolongar a sobrevivência da espécie humana numa forma aceitável de sociedade.²²

O neologismo “bioética” é formado pelas palavras gregas “bios” (vida) e “ethos” (ética), podendo dizer-se que se refere à ética da vida.

A palavra ética vem do grego e etimologicamente indica a mesma realidade que a palavra moral, de origem latina. Refere-se aos costumes e à conduta de vida, às regras de comportamento. Segundo Durand, com o Cristianismo, a palavra moral passou a ser utilizada com conotação religiosa e a palavra ética com a conotação de “moral não religiosa”.²³

WEIL aborda duas formas de ética: a ética moralista e a ética espontânea. Para ele, *a primeira forma de ética se confunde com a moral; é moralista e moralizante, sendo que o moralismo tem uma tendência absolutista e intolerante, pois se baseia em dogmas. Ele é maniqueísta: classifica todos os comportamentos como certos ou errados. Sua rigidez pode levar à negação de seus próprios valores através da violência ou mesmo do crime.*²⁴

O autor prossegue abordando a segunda forma de ética, na qual os valores éticos *brotam de uma fonte espiritual de sabedoria e de amor espontaneamente despertados, afirmando que para adquirirmos uma Ética autêntica, esta tem que ser*

²² GAFO, J. *op. cit.*, 91.

²³ DURAND, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. Trad. Porfírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995. p.13-4.

²⁴ WEIL, Pierre. *A nova ética*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 16-8.

*despertada de dentro de nós mesmos; não pode ser fruto de imitação ou de educação.*²⁵

SINGER usa os termos moral e ética indistintamente. Para ele *a ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável.*²⁶ Da mesma forma, muitos outros autores usam indistintamente as duas expressões.

CARLIN leciona que: *A ética, como ciência que estuda a conduta moral do homem, sempre que este desfrute de liberdade, passa a ter lugar em qualquer âmbito donde se exija cumprimento de um dever. Então, tem sempre relação com a qualificação da conduta humana, ditando se os atos são bons ou não.*²⁷

Pela definição de SAVATER *“Moral” é o conjunto de comportamentos e normas que você, eu e algumas das pessoas que nos cercam costumamos aceitar como válidos; “ética” é a reflexão sobre por que os consideramos válidos e a comparação com outras “morais” de pessoas diferentes.*²⁸

DURAND refere-se ao uso da expressão “ética biomédica”, relacionada com o progresso das ciências biomédicas:

*Ainda que seja uma expressão feliz, ética biomédica não deixa de ser ligeiramente ambígua. Se ela subentende a ética própria aos médicos, ela se limita a uma ética profissional específica no sentido tradicional. Se, pelo contrário, a expressão indica antes a ética própria ao domínio da saúde, então ela se amplia e retoma a perspectiva da palavra “bioética”, correspondendo a uma aproximação global das questões éticas atuais no mundo da saúde e do bem-estar (...)*²⁹

Com fundamento nessa concepção, entende-se, neste texto, que “bioética” é

²⁵ WEIL, P. *op. cit.*, p. 20-1.

²⁶ SINGER, P. *op. cit.*, p. 19.

²⁷ CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica. Ética e justiça*. 2. ed., Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 37.

²⁸ SAVATER, Fernando. *Ética para meu filho*. Trad. Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 57.

²⁹ DURAND, G. *op. cit.*, p. 16.

a expressão que mais se identifica com a reflexão ética no domínio das ciências médicas e biológicas, adotando-se a posição de DURAND, para quem a reivindicação bioética *não é apenas uma volta à reflexão sobre os fundamentos morais da ciência. É também a vontade de instaurar um controle democrático sobre o trabalho dos médicos e dos cientistas em razão da inquietação criada pelo poderoso desenvolvimento científico e industrial.*³⁰

Como bem aborda GARRAFA *se a ciência como tal não pode ser ética ou moralmente qualificada, pode sê-lo, no entanto, a utilização que dela se faça, os interesses a que serve e as conseqüências sociais da sua aplicação.*³¹

Não se pretende estabelecer uma definição do que é certo ou errado em relação ao tema do presente trabalho, mas tão-somente provocar a reflexão sobre o mesmo. Não se deseja dar respostas, mas fazer indagações sobre as condutas dos homens no que se refere à aplicação dos métodos da FIV. Por essa razão, a palavra “ética” será utilizada de preferência à palavra “moral” na abordagem do assunto, adotando-se a distinção presente nos conceitos expressos por SAVATER³² e anteriormente referidos.

2.2. O Início da Vida

A determinação do início da vida humana parecia ter uma resposta simples: o momento da união do óvulo com o espermatozóide. Hoje, sabe-se que há grande dificuldade em definir esse momento.

SINGER³³ pondera que a ciência moderna propiciou o conhecimento preciso

³⁰ DURAND, G. *op cit.*, p. 22 e 6.

³¹ GARRAFA, Volnei. Bioética os Limites da Manipulação. In: SILVA, Reinaldo Pereira. (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998. p. 260.

³² SAVATER, F. *op. cit.*, p. 57.

³³ SINGER, Peter. **Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional**. Barcelona: Paidós, 1997. p. 101-2.

do que sucede na concepção. Assim, a idéia dos que defendem o momento da concepção como o início da vida encontra o problema da definição exata desse momento, uma vez que não existe um “momento” da concepção, já que esta é um processo que dura em torno de 24 horas. Começa quando o espermatozóide abre caminho na capa exterior do óvulo. Porém, o material genético da mulher não se encontra distribuído por todo o óvulo, mas concentrado no que se denomina “pronúcleo”. Depois que o espermatozóide penetra o óvulo, perde a cauda e sua cabeça forma outro pronúcleo que se funde gradualmente ao óvulo. É essa fusão do material genético do espermatozóide e do óvulo que forma a constituição genética do novo indivíduo. Assim, é inútil tentar precisar o momento exato em que começa uma vida humana.

Ressalte-se que para SINGER o feto é um ser humano em potencial, mas não é uma “pessoa” e, portanto, não tem o mesmo direito à vida que uma pessoa.³⁴

GUTIERREZ³⁵ observa que são variadas as posições sobre as bases para determinar o começo da existência do ser humano, relacionando três momentos distintos. No primeiro momento, há a penetração do óvulo pelo espermatozóide, podendo distinguir-se três etapas: a) a invasão da coroa radiante; b) a penetração da zona pelúcida; c) a fusão das membranas celulares do espermatozóide e do óvulo. Para alguns há vida desde esse momento.

No segundo momento, que ocorre entre dezoito a vinte horas depois do primeiro, se produz a união dos pronúcleos das células femininas e masculinas. Nesse momento se transmitem as informações genéticas do óvulo e do espermatozóide, criando-se uma nova e única identidade genética. A formação do zigoto demarca, para essa teoria,

³⁴ SINGER, P. *Ética prática*. p. 161.

³⁵ GUTIERRES, Graciela N. *Messina de Estrellas*. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 32-9.

o início da vida humana.

A autora anteriormente referida esclarece que o terceiro momento é o da nidação e implantação do óvulo fecundado no útero. O óvulo adere ao útero aproximadamente entre o sexto e o décimo quinto dia da fecundação³⁶. Paralelamente, inicia o desenvolvimento do sistema nervoso. Nesse instante aparece o embrião – para aqueles que denominam de pré-embrião o estágio anterior. Para alguns cientistas, esse é o início da vida humana.³⁷

Prosseguindo em sua abordagem, GUTIERREZ diz que existem três posições básicas para determinar o início da vida humana:

- a) Desde a penetração do óvulo pelo espermatozóide – Para essa teoria, existindo um embrião fertilizado, ainda que se trate de somente duas células, existe potencialmente um ser que deve ser respeitado, porque já começou a desenvolver-se um ser humano.
- b) Desde a união dos pronúcleos do óvulo e do espermatozóide – Segundo essa concepção, a fusão do óvulo e do espermatozóide só forma uma célula ou um grupo de células, sem chegar a constituir um novo ser. O novo indivíduo começa sua existência a partir do momento em que se opera a transmissão da informação genética entre o espermatozóide e o óvulo.
- c) Desde a implantação ou nidação – Teoria defendida pelos que aceitam o conceito de pré-embrião e dizem que ele, formado por quatro a seis

³⁶ Outros autores, como, Añón, referem que o embrião adere-se ao útero em torno do 14º dia da fecundação (p. 22 do presente trabalho).

³⁷ LEITE, observa que “para as modernas escolas médicas a gravidez iniciar-se-ia com a nidação, ou seja, com a implantação do zigoto (ou ovo) no útero materno”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito do embrião humano: Mito ou realidade? In.: *Revista de Direito Civil*, v. 78 a. 20/out./dez., 1996, p.78).

células, as quais poderiam, cada uma delas, desenvolver outro indivíduo, não tem evidência biológica de possuir nenhum grau de desenvolvimento neurológico, pelo que não pode ser considerado uma pessoa.

A mesma autora acima citada, aborda a existência de uma quarta postura que vai mais adiante, condicionando o começo da vida humana à presença de atividade elétrica cerebral, registrada mediante eletroencefalograma, o que ocorre entre quarenta a quarenta e cinco dias da fecundação.

Quanto ao conceito de pré-embrião, referido pela autora, é conveniente que se façam algumas considerações. Os que defendem a existência do pré-embrião entendem como tal aquele que tenha até quatorze dias da fecundação, período médio necessário para haver a nidação e implantação do embrião no útero materno.³⁸

Nesse sentido é o entendimento de BERLINGER, para quem a reprodução humana provavelmente é o campo no qual mais se entrelaçam o progresso da ciência e as modificações dos comportamentos cotidianos. Argumentando que *a moral universal deveria reconhecer o respeito pela vida de cada indivíduo* ele pergunta: *em que ponto do desenvolvimento pode-se falar de indivíduo-pessoa? Será que cada tipo de célula humana que se reproduz tem direitos próprios? pode ser identificável como indivíduo qualquer célula da linha germinal apenas por estar fecundada?*³⁹

O autor pondera que a fecundação é a fase inicial necessária para a formação de um indivíduo e, citando A. Monroy, lembra que após o conjunto das divisões

³⁸ Os países que permitem a conservação de embriões congelados, como a Espanha e a Inglaterra, denominam-nos de pré-embriões e possuem regulamentação que proíbe o armazenamento de embriões depois de 14 dias da fecundação, descontado o período em que estejam congelados.

³⁹ BERLINGER, Giovanni. *Questões de vida: ética, ciência, saúde*. São Paulo: Apce/Hucitec/Cebes, 1993. p. 40-1.

celulares do ovo, que seguem a fecundação e levam à formação do blastócito (com cerca de 32 células), é crucial a implantação no útero para o desenvolvimento do embrião. Somente depois do implante é que começam os processos morfogênicos, que levam à diferenciação dos vários tecidos e órgãos. Considerando, ainda, que cerca de dois terços dos óvulos fecundados não chegam a implantar-se no corpo materno, manifesta sua propensão em acreditar que há um indivíduo somente após a nidação do ovo no útero. Acrescenta que *nesta fase, acontece a diferenciação celular e o aparecimento dos fenômenos imunológicos que constituem o aspecto diferenciador das outras espécies e também dos outros indivíduos da mesma espécie.*⁴⁰

A posição de ENGELHARDT⁴¹ é ainda mais radical. Para ele o começo da vida de uma pessoa não é o princípio da vida de uma pessoa como agente moral, pois transcorrem meses de vida biológica antes que haja provas de vida mental e passam anos para que se evidencie a vida de uma pessoa como agente moral. Não se pode dizer que os fetos são pessoas em sentido estrito de serem agentes morais, nem que as crianças pequenas o são. Argumenta que o feto humano tem importância somente para a mulher que o haja concebido e para as pessoas que tenham interesse na futura pessoa que resultará dele e define que o feto é uma forma especial de propriedade muito querida.

DURAND questiona: *A partir de quando houve a vida? Será que o embrião é uma vida? Eis aí uma primeira fonte de confusão. Na realidade existe a vida antes da formação do embrião ou da fecundação: existe vida nos gametas, há vida em cada célula. É necessário, então, redefinir a vida humana e de maneira mais explícita.*⁴²

O autor refere-se a dois sentidos da expressão “vida humana”. Primeiro,

⁴⁰ BERLINGER, G. *op. cit.*, p. 42.

⁴¹ ENGELHARDT, H. Tristram. *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Paidós, 1995. p. 274.

⁴² DURAND, G. *op. cit.*, p. 59.

“vida” com o significado de processo vital ou metabólico, sem considerar as funções humanas, seria a *vida humana biológica*. O segundo sentido seria a *vida humana pessoal*, ou seja, vida que permita a consciência da realidade, a comunicação e o senso de responsabilidade. Argumenta que nem sempre há uma ligação entre a vida humana biológica e a vida humana pessoal e cita o caso do feto sem cérebro ou o paciente comatoso. Relata que os opositores à distinção entre as “duas vidas” afirmam que a vida biológica é grande o suficiente para conter a vida pessoal, ficando as “duas vidas” inseparáveis.

BRANDÃO faz as seguintes considerações sobre o início da vida humana:

A Embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializadas e teleologicamente programadas, ordenadas uma à outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismos de extraordinária precisão. Já não são dois sistemas operando independentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não apenas o ácido desoxirribonucléico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie, a espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte. Já está em plena atividade o ácido ribonucléico (ARN) mensageiro, primeiro produto dos gens específicos, sintetizado logo após a constituição do zigoto⁴³.

Para o autor, no exato momento da fusão dos gametas, surge um ser humano novo:

É, portanto, um ser vivo humano e completo. Humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só é capaz de gerar seres da sua própria espécie. Do ponto de vista biológico não existe processo de humanização. Ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. Completo, no sentido de que

⁴³ BRANDÃO, Demival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. (Orgs.) **A vida dos direitos humanos. Bioética Médica e Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 22-3).

*nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção. Necessita de alimento e oxigênio, como de resto todos necessitam para sobreviver. Desde o primeiro momento de sua existência, esse novo ser já tem determinadas todas as suas características pessoais, como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc.; e inclusive as que irão aparecer no futuro, como, por exemplo, as doenças genéticas.*⁴⁴

Esse processo dá origem à vida “humana biológica”:

*A vida humana biologicamente é o seu corpo, e esse é inicialmente formado na fusão dos gametas. O genoma é a estrutura fundamental, permanente e necessária para o desenvolvimento rigorosamente orientado do novo ser. O zigoto, portador desse genoma, é o sujeito do seu próprio desenvolvimento, é o detentor e o executor do seu programa genético através de uma realização coordenada, contínua e gradual.*⁴⁵

ALVES coloca que *As células reprodutoras se diferenciam das demais células do organismo não apenas pelo fim a que se destinam, mas também pela sua constituição cromossomial.*

O autor esclarece que *Na espécie humana, todas as células somáticas apresentam 46 cromossomos (23 pares de cromossomos), sendo um desses pares característico do sexo, denominado XX quando do sexo feminino e XY quando do sexo masculino* e prossegue dizendo que:

*É um fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que normalmente ocorre na trompa, é o estágio em que começa o ciclo de uma nova vida humana. É o início de um processo vital que só terminará com a morte. Assim, o novo ser humano evolui segundo um plano inexorável até a plenitude do desenvolvimento de todo o organismo, cujas características já estavam contidas nos cromossomos da célula única inicial.*⁴⁶

ALVES arremata: *assim o novo ser formado com o padrão cromossômico*

⁴⁴ BRANDÃO, D. S. *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵ BRANDÃO, Demival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo.; DIP, Ricardo Henry Marques. (Org.). **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p. 22-3.

⁴⁶ ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In.: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. (Org.). *Idem*, p. 211-13.

*humano é um ser vivo. Agora perguntamos: é coelho? é gato? Que espécie de ser vivo é? Não há dúvida de que se trata de um ser vivo humano. É o que continuará sendo sempre: o mesmo ser com toda a sua individualidade própria.*⁴⁷

Dessa forma, entende-se que, embora haja argumentos no sentido de que o pré-embrião seja assim considerado por não ter nenhum desenvolvimento neurológico, nem possuir evidência de que é um indivíduo, já que pode bipartir-se e gerar gêmeos⁴⁸ ou que pode não aderir ao útero, sendo naturalmente eliminado, esse é um conceito que não se justifica, posto que, sendo o desenvolvimento de um novo ser humano um processo, a fase chamada pré-embrião faz parte desse processo. O desenvolvimento neurológico é outra fase que naturalmente irá surgir. O zigoto possui em si próprio, desde a penetração do óvulo pelo espermatozóide, a determinação da continuidade do processo da vida. Se a partir dele (do zigoto) um ou mais indivíduos serão gerados, estes não são menos humanos e não possuem menor direito à vida.

Nessa linha de pensamento, VIEIRA manifesta, em página publicada na Internet, que: *o uso da expressão pré-embrião constitui um artifício para eliminar vidas humanas já concebidas. É uma maneira de anestésiar as consciências diante de um fato concreto: eliminação de um ser humano no início de sua trajetória vital.*⁴⁹

A vida é o maior patrimônio do ser humano. O ponto de partida da vida é a fusão do gameta masculino ao gameta feminino. Com a penetração do óvulo pelo espermatozóide inicia-se o processo vital. Esse processo desencadeia-se naturalmente, uma vez que as informações necessárias ao seu desenvolvimento são portadas pelos próprios gametas.

⁴⁷ ALVES, J. E. S. *op. cit.*, p. 213.

⁴⁸ GUTIERRES, G. N. *op. cit.*, p 38-0.

⁴⁹ VIERA, Humberto L. **Problemas da fecundação artificial**. Organização Provida Família. Disponível em <http://providafamilia/problemas_fecundacao_artificial.htm>. Acesso em:

SGRECCIA, afirma que *no embrião, como no feto, existe já uma individualidade que, se deixada viver, realiza o desenvolvimento próprio da pessoa humana.*⁵⁰

Sobre os estágios de desenvolvimento do embrião, SGRECCIA esclarece:

*Até a incerteza dos juristas sobre a aplicabilidade ou não do conceito de pessoa aos primeiros estágios se torna uma elucubração inútil quando se pensa que pouco importa como se queira juridicamente defini-lo, pois aquele embrião já é o mesmo indivíduo em desenvolvimento que será definido pessoa. Pode-se muito bem responder com Tertuliano, que, entre outras coisas, era um advogado: “já é um homem aquele que o será.”*⁵¹

Sobre a possibilidade da divisão do zigoto, gerando gêmeos, o autor acima referido argumenta:

*No caso da geminação uniovular, o fato eventual da divisão não desmente o que foi dito sobre a continuidade de desenvolvimento do embrião; antes, comprova-o. De fato, o momento da divisão prevê a intervenção de uma causa interferente no projeto, ou seja, não acontece por força do mecanismo evolutivo, mas contra ele. Além disso, o resultado é ainda de acordo com o desenvolvimento descrito, e esse desenvolvimento autoconstrutivo e determinado se repete em cada uma das partes divididas. A natureza dessas partes de zigotos que passam a se comportar como outros tantos zigotos é ainda um projeto humano (não uma planta ou um animal).*⁵²

Abordando o conceito de pessoa na antropologia científica, LEPARGNEUR afirma que *pessoa, para o cristão, é criação definitiva e imediata de Deus; pessoa, para as ciências humanas, é elaboração social progressiva e mutável.*⁵³

LEPARGNEUR entende ainda que:

“Pessoa”, resumidamente, é o indivíduo consciente, dotado de corpo, razão e vontade, autônomo e responsável (...). É óbvio que, nem o embrião, nem sequer o feto, nem o louco que perdeu, de vez, o uso da razão e do juízo, nem o comatoso em fase final, responde a esta definição de pessoa. Então, a pergunta é: em virtude de que

⁵⁰ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1. p. 271.

⁵¹ SGRECCIA, E. Idem, p. 347.

⁵² SGRECCIA, E. Idem, p. 351.

⁵³ LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética, novo conceito a caminho do consenso**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 43.

podemos atribuir dignidade pessoal a estes seres que não se enquadram na definição comum e admitida da pessoa? A resposta da ciência atual é: pela “ascrição”, isto é, pela atribuição de certa dignidade pessoal, outorgada criteriosamente, a seres que julgamos merecedores dela, pela proximidade que intuimos desfrutar conosco, apesar de eles não satisfazerem os critérios da definição clássica da pessoa, sujeito racional, livre, autônomo e responsável. A “ascrição” não resulta de uma decisão individual, mas de um juízo comunitário, cultural (do ethos), que admite o mais ou menos, porque toda participação admite o mais ou menos.⁵⁴

Deve ser considerado, ainda, que, no âmbito do direito penal, a legislação brasileira, ao definir o aborto como crime, recepcionando o direito à vida do embrião, não estabelece estágio de desenvolvimento da gestação interrompida para tipificação da figura delituosa.

Desta forma, a condição de ser humano deve ser reconhecida ao embrião desde o momento da fecundação, pelo simples fato dele ser portador do padrão cromossômico humano. Ainda que haja a possibilidade de o embrião dar origem a mais de um indivíduo, deve ser atribuída a “dignidade pessoal” a ele, a fim de garantir o direito à vida devido à espécie humana.

Nada justifica a interrupção do processo vital iniciado com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Ainda que essa vida tenha sido criada artificialmente em laboratório, não tem o cientista qualquer direito sobre ela, por várias razões:

- a) o cientista que produz um embrião em laboratório não é o criador dos gametas utilizados. Ele apenas faz a união desses gametas, previamente retirados do corpo de doadores;
- b) ainda que crie todas as condições para a fecundação de um óvulo em laboratório, o cientista não pode garantir o êxito, ou seja, a fertilização

⁵⁴ LEPARGNEUR, H. *op. cit.*, p. 44.

sempre depende de um processo natural, logo, não é mérito exclusivo da ciência;

- c) da união exitosa de gametas humanos sempre resultará um ser humano, razão pela qual destruir embriões é atentar contra o direito à vida;
- d) a eliminação de embriões portadores de doenças genéticas não garante uma população saudável, pois existem outros fatores causadores de doenças ou deficiências ocorridos após o nascimento;
- e) não se pode considerar que as doenças congênitas sejam “erros” da natureza e muito menos que compete aos homens eliminar esses “erros” pela eliminação do portador dessas doenças. A diversidade genética é necessária. É lícito tratar e prevenir doenças, mas não eliminar os doentes.⁵⁵
- f) a melhoria das condições de vida através da pesquisa científica é atividade legítima, mas o fim não justifica os meios. O desejo de salvar ou melhorar vidas não justifica a destruição de outras vidas. Dessa forma, a criação de embriões humanos com o fim de experimentação deve ser vedada por lei.

Conclui-se que, ocorrendo a fecundação de gametas humanos, seja no aparelho reprodutor feminino ou em placas de cultivo de laboratório, surge vida humana. Logo, a criação de um embrião em laboratório não pode ter outro fim que não seja

⁵⁵ Através de um processo de seleção natural, ao qual estão submetidos todos os seres vivos, ocorre a eliminação dos portadores de doenças ou deficiências. O ser humano, adotando a conduta de proteção aos mais fracos, supera, muitas vezes, essa realidade. Por outro lado os homens, pelo desenvolvimento da ciência, submetem-se cada vez menos ao processo de seleção natural, posto que se utilizam de recursos artificialmente criados para curar doenças e superar deficiências. Através de exames realizados durante a gestação, o feto humano pode ser tratado de doenças que possua, garantindo o seu desenvolvimento e nascimento. Esse é o lado positivo do desenvolvimento médico nessa área. O lado negativo, são os exames pré-natais ou a biópsia de embriões fecundados *in vitro*, realizados não com a finalidade de tratar os portadores de doenças, mas de eliminá-los.

exclusivamente o de desenvolver uma gestação e deve sujeitar-se a limites legais bastante estreitos.

Nos métodos de reprodução humana assistida que consistam na fecundação *in vitro*, deve ser vedada a criação de número de embriões superior ao que será implantado no útero da mulher receptora para prosseguir a gestação. Deve ser abolida a prática do útero de aluguel e proibida a comercialização de gametas. Somente assim se poderá garantir o respeito à vida e à dignidade do ser humano.

3. O CONSENTIMENTO INFORMADO

A revolução biotecnológica se agiganta. A cada dia surgem novas descobertas, tecnologias, drogas e procedimentos. Em decorrência de tanto avanço tecnológico surgem os especialistas, que detêm o poder do conhecimento. Os leigos, quando necessitam utilizar-se dessas tecnologias, deles dependem.

A esse respeito FROTA-PESSOA observa:

Conhecer operacionalmente a biotecnologia confere poder, porque um vasto público deseja usufruir dela. O detentor do biopoder (pessoa ou instituição) é importante, porque os outros dependem dele, o que gera riqueza e regalias. O conhecimento aplicado diretamente ao corpo do cliente, como durante uma fecundação assistida, inspira, ainda, admiração e reconhecimento.⁵⁶

Segundo DURAND são dois os princípios fundamentais sobre os quais repousa a reflexão bioética: o respeito à vida e o respeito à autodeterminação da pessoa. Quanto à autodeterminação da pessoa o autor enfatiza que *quando um paciente confia em*

⁵⁶ FROTA-PESSOA, O. *op. cit.*, p. .

*um médico, ele não renuncia a sua autonomia, ele não se dirigiu a um grande feiticeiro que decidirá por ele.*⁵⁷

O indivíduo deve ter autonomia para decidir quanto a submeter-se a um tratamento ou intervenção médica. Porém, para decidir com autonomia, ele precisa conhecer. Disso decorre a obrigação do profissional que aplica qualquer tratamento médico em esclarecer o paciente sobre os métodos existentes, os riscos conhecidos, os resultados esperados e as probabilidades de serem ou não alcançados.

Somente após estar suficientemente esclarecido, pode o paciente dar o seu consentimento. Esse consentimento precisa ser, também, livre, o que equivale a dizer que não pode o profissional ou outra pessoa coagir ou pressionar de qualquer forma o paciente e, tampouco, usar de fraude para obter o seu consentimento.

Existem elementos para crer que o consentimento livre e esclarecido não tem sido considerado quando se trata de reprodução assistida.

ANÓN⁵⁸ relata que Lesley Brown, (mãe de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, nascida em julho de 1978), até pouco antes do nascimento de sua filha, achava que já haviam sido produzidos muitos bebês de proveta, desconhecendo completamente que se tratava do primeiro caso que se dava no mundo e que teria tanta repercussão.

O autor pondera sobre os baixos índices de êxito dos procedimentos de FIV e a falsa expectativa criada ao redor dessas técnicas. Enfatiza a frustração sofrida por muitas mulheres que, depois de haverem vislumbrado uma possibilidade de solucionar seu problema de infertilidade, e depois de terem passado por uma série de tratamentos

⁵⁷ DURAND, G. *op. cit.*, p. 31-6.

⁵⁸ ANÓN, C. L. *op. cit.*, p. 34.

complexos – que, às vezes podem ser percebidos como agressivos ou humilhantes – vêem suas expectativas frustradas.

A falsa expectativa quanto ao êxito do processo não é a questão mais grave quando se trata de esclarecimento sobre os métodos de FIV. Pior do que o pequeno índice de êxito não informado é o obscurantismo quanto aos riscos para as mulheres que se utilizam do método e para as crianças que nascem em decorrência dele.

A esse respeito, AÑÓN⁵⁹ observa que o processo para a obtenção de óvulos é bastante danosa para a mulher. Esse processo exige o uso de drogas (hormônios), que podem gerar efeitos colaterais indesejáveis, como quistos nos ovários. Para retirada dos óvulos é necessário uma intervenção no organismo feminino, o que pode significar riscos para ela.

O autor relata que, apesar da falta de divulgação dos aspectos negativos da FIV por parte dos centros que realizam essas operações, são conhecidos alguns casos de morte de mulheres ocorridas durante uma laparoscopia (processo para retirada do líquido folicular dos ovários), relacionando que em 1982 morreu Zenaide Maria Bernardo, no Brasil, e Andrea Domínguez Llames, na Espanha.

Na prática da FIV habitualmente são transferidos mais de um embrião ao útero da mulher que vai gestar (geralmente de três a cinco). Isso ocorre em virtude de que aumentando o número de embriões se aumenta a possibilidade de êxito do procedimento, já que as taxas de fixação desses embriões ao útero e, por conseguinte, de desenvolvimento da gestação, são muito pequenas. Em consequência dessa prática, surge o problema das gestações múltiplas e as complicações delas decorrentes, tais como abortos, partos antecipados e morte prematura de crianças.

⁵⁹ AÑÓN, C. L. *op. cit.*, p. 43.

Para solucionar os casos de gestações múltiplas têm sido utilizados os chamados procedimentos de redução embrionária, que consistem na provocação de abortos por meios químicos ou mecânicos para reduzir o número de embriões.

ANÓN⁶⁰ observa que os dados existentes sobre o nascimentos de crianças geradas pela FIV são contraditórios, havendo quem afirme que não há nenhuma diferença com relação a outros partos. Relata, contudo, que o Instituto Nacional Perinatal australiano divulgou, em 1985, um estudo segundo o qual os gerados por fecundação *in vitro* possuem quatro vezes mais possibilidades de nascerem mortos que outros e uma maior probabilidade de partos prematuros e de malformações.

O autor considera, ainda que, a fecundação *in vitro* aumenta o risco de que o óvulo seja fecundado por mais de um espermatozóide, dando lugar a anomalias cromossômicas. Também existe um aumento do risco de anomalias cromossômicas nos casos de estimulação dos ovários para obter óvulos, pois alguns deles são imaturos ou hipermaduros. No caso de serem imaturos, a sua maturação *in vitro* também aumenta os riscos de anomalias cromossômicas.⁶¹

No Brasil observa-se a existência de uma grande simpatia pela prática da FIV, estimulada pela divulgação pela imprensa do nascimento de filhos de pessoas famosas através do método.

A Revista IstoÉ de abril de 1996 traz na capa foto de Pelé e sua mulher e do médico Roger Abdelmassih, especialista em reprodução humana. A matéria da revista, intitulada “A gravidez do rei”, relata que Pelé e sua esposa esperam um bebê de proveta (na verdade nasceram gêmeos), afirmando que foram premiados pela ciência, eis que:

⁶⁰ ANÓN, C. L. *op. cit.*, p. 43.

⁶¹ ANÓN, C. L. *Idem.* p. 46-7.

A cada ano nascem no Brasil menos de 400 crianças por meio da técnica de fertilização in vitro (FIV). E quase dois mil homens e mulheres buscam o método na esperança de realizar um sonho. De cada 100 casais, 20 têm problemas de infertilidade. Apesar dos avanços da medicina, as técnicas de reprodução humana ainda estão longe da perfeição da natureza. Quase 70% dos casais fracassam ou só conseguem acertar depois de três, quatro ou até dez tentativas.⁶²

A reportagem refere que em qualquer técnica de reprodução assistida, quanto maior o número de embriões no útero, maior a chance de gravidez, sendo que na proveta a quantidade recomendada é de, no máximo, quatro. Em geral, apenas um embrião vinga, havendo 16% de possibilidade de nascerem gêmeos.

A matéria é esclarecedora da dificuldade em obter êxito na fecundação *in vitro*, contudo, nada refere quanto aos possíveis riscos do procedimento para a mulher que o utilize e para a criança assim gerada.

De qualquer modo, pode ser questionado se ao procurar um especialista em reprodução humana as pessoas são ampla e adequadamente informadas de todos os aspectos do procedimento, possibilitando que o seu consentimento seja realmente livre e esclarecido.

A religiosidade é uma característica marcante da população brasileira. A postura da maioria das religiões é de considerar que o início da vida humana se dá no momento da concepção, havendo crime sempre que for eliminado um embrião humano.

Dessa forma, além do esclarecimento adequado quanto aos índices de êxito geralmente obtidos e dos riscos do procedimento para a mulher e para a criança a ser gerada, deve ser claramente definido para os usuários da FIV a existência de embriões sobrantes, bem como da possibilidade de ser necessária uma redução embrionária, já que o

⁶² A gravidez do Rei. *Revista IstoÉ*, São Paulo, Editora Três, n. 1385, abr. 1996, p. 124.

respeito à autonomia da pessoa inclui o respeito pelas suas concepções religiosas.

Somente a intervenção e o controle público podem garantir que os cidadãos tenham seus direitos respeitados. Por essa razão, a exigência de informações aos usuários de qualquer procedimento de reprodução humana assistida, sobre todos os aspectos que envolvem a técnica empregada, deve ser objeto de disciplina legal e o seu cumprimento submetido a rigoroso controle dos órgãos competentes.

4. O DIREITO À PROcriação

Iniciou-se o presente capítulo com a afirmação de que muitas pessoas desejam ter filhos e, posteriormente, informou-se que um percentual significativo da população humana apresenta alguma dificuldade para procriar. Para concluir, questiona-se: consiste a procriação em um direito do ser humano?

A Organização Mundial de Saúde define que: *Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a simples ausência de doenças ou enfermidades.*⁶³

As técnicas de reprodução medicamente assistida (RMA) visam solucionar os problemas de infertilidade. A infertilidade tem sido definida pela Organização Mundial de Saúde pela ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. Os fatores de infertilidade podem ser absolutos, no caso da esterilidade, em que a concepção só será possível por meio de técnicas de RMA; e relativas, no caso da hipofertilidade ou infertilidade de causas inexplicadas, em que poderá ser conseguida a concepção através das terapêuticas tradicionais.⁶⁴

⁶³ PESSINI, Léo.; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola. 1997. p. 111

⁶⁴ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. *op. cit.*, p. 217.

Ocorrendo a infertilidade, por qualquer das suas modalidades e considerando que a saúde é um dos direitos sociais assegurados no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, poder-se-ia afirmar que está entre os deveres do Estado propiciar os meios de solucionar a esterilidade, notadamente quando se define a saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social”.

DURANT aborda a medicina do desejo, na qual o médico se preocupa em atender os desejos do paciente e esse, por sua vez, espera que o médico desempenhe o novo papel de ser um técnico que responde a solicitações. Refere que *os desejos têm uma tendência de ser percebidos como direitos*, acrescentando que *fala-se hoje do sofrimento do casal que não pode ter filhos. Amanhã falar-se-á do sofrimento do casal que quer conhecer o sexo da criança que vai nascer, ou a sua condição genética (...)*⁶⁵

PESSINI e BARCHIFONTAINE ensinam que são constitutivas da natureza humana *as dimensões de racionalidade, de temporalidade, de historicidade, de finalidade em si e de liberdade, que fazem do ser humano um ser em constante desenvolvimento, na procura da realização de si próprio*. Nesse sentido, consideram que *ético é o comportamento que visa, promove ou respeita a realização de si próprio, na relação constitutiva com e para os outros, no quadro das instituições justas*.⁶⁶

Quanto à procriação como forma de auto-realização pessoal, os autores referidos assim se posicionam:

*Essa necessidade ética de auto-realização pessoal e social exige a liberdade necessária para o seu pleno exercício. Essa liberdade obriga a que nenhuma pessoa seja usada como meio ou instrumento, para qualquer finalidade. Cada pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma, o que não sucederia caso a opção pelos filhos estivesse unicamente em função dos pais.*⁶⁷

⁶⁵ DURAND, G. *op. cit.*, p. 75.

⁶⁶ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. *op. cit.*, p. 226-27.

⁶⁷ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. *Idem*, *Ibidem*.

A Constituição Federal Brasileira dispõe no parágrafo 7º do artigo 226 que: *Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

A norma referida foi regulamentada pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que estabelece, em seu artigo 5º, ser dever do Estado promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Observa-se que, embora haja o reconhecimento legal do direito ao planejamento familiar, esse não é um direito absoluto, pois é limitado pelo “princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”, conforme expressa a norma constitucional acima citada.

Para RUSSO *o fenômeno do nascimento se situa sempre como realidade triádica homem-mulher-gerador (...)*, podendo ser designado o nascimento do homem de procriação ou de simples prolongamento da espécie. A fecundação artificial se situa na visão do nascimento como prolongamento da espécie, não garantindo a dignidade da pessoa por não garantir a realização interpessoal.⁶⁸

O autor prossegue abordando que o desejo de ter um filho não pode justificar um *direito* subjetivo do casal ter um filho. O filho tem o direito de ser *concebido* e não produzido. Uma pessoa não pode ser objeto de um direito.⁶⁹

Abordando o sentido da procriação DURAND questiona:

⁶⁸ RUSSO, Giovanni. *Educar para a bioética*. Trad. Atílio Brunetta. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 203-4.

⁶⁹ RUSSO, G. *op. cit.*, p. 203-4.

Que significa procriar? Dar a vida? Fazer uma criança? Trata-se de fabricar um bebê, não importa com quais técnicas, recorrendo-se a gametas de doadores diversos, anônimos ou acolher o fruto da sua carne e de seu companheiro de vida, ou de seu cônjuge? Qual é o lugar da biologia, o valor do corpo, nos projetos humanos? Qual é o sentido da continuidade biológica?⁷⁰

O autor levanta o dilema entre o direito da criança e o direito à criança:

Consequentemente, coloca-se a questão do direito à criança, onde se levanta o dilema entre o direito da criança e o direito à criança. Existe, com efeito, o direito de se ter uma criança (casado ou solteiro) por intermédio das novas técnicas de procriação? Para tanto haveria a necessidade da autorização social? É bastante difícil uma resposta afirmativa.⁷¹

CASADO pondera que a idéia de dignidade humana, junto ao conceito de pessoa, possui um caráter central na discussão dos direitos humanos ou de qualquer disciplina que converge para a problemática da bioética. Partindo de uma concepção que não se situe no terreno das crenças, o que distingue os homens dos outros seres é precisamente a sua liberdade e as conseqüências derivadas do uso da mesma, ou seja, a responsabilidade pelos seus atos e a necessidade de respeitar ao outro como possuidor de liberdade e dignidade idênticas.⁷²

Partindo dessa concepção, defende-se que o filho desejado constitui-se em um ser humano com todos os atributos da humanidade, tendo direito ao respeito de sua dignidade como tal. Logo, não pode ser ele simplesmente o objeto de um desejo, porquanto é sujeito de direitos. O princípio da responsabilidade e do respeito pelo outro limita as ações daquele que deseja procriar e daqueles que buscam atender esse desejo.

⁷⁰ DURAND, Guy. *op. cit.*, p. 69/70.

⁷¹ DURAND, Guy. *Idem*, 70.

⁷² CASADO, María. Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética. In.: CASABONA, Carlos María Romeo. (coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Comares Editorial, 1998. p. 121-2.

CAPÍTULO II

O INÍCIO DA VIDA HUMANA E A TUTELA LEGAL

As condutas dos homens em sociedade são reguladas por normas jurídicas. Para BOBBIO, *o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.*⁷³

Analisando a questão da “completude”, como um dos aspectos normalmente conferidos ao ordenamento jurídico, BOBBIO diz que:

*Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.*⁷⁴

No ordenamento jurídico brasileiro o juiz, quando provocado, não pode deixar de “dizer o direito” baseado na inexistência de norma regulamentadora específica. A Lei de Introdução ao Código Civil estatui que *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (art. 4º). O artigo 126 do Código de Processo Civil disciplina que: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos*

⁷³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 21.

⁷⁴ BOBBIO, N. Idem. p. 115.

princípios gerais de direito.

Na presente abordagem a questão que se coloca é quanto à existência no ordenamento jurídico brasileiro de alguma norma que defina o estatuto jurídico do embrião humano criado em laboratório. A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida. No entanto, diante de todas as controvérsias sobre o início da vida humana, não se poderia afirmar que há previsão legal de direito à vida dos embriões resultantes de FIV.

O artigo 4º do Código Civil Brasileiro dispõe que a *personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção o direito do nascituro.*

O nascituro encontra proteção jurídica no ordenamento brasileiro tanto no âmbito civil como no Penal. O aborto é definido como crime, previsto nos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro. O Código Civil admite a legitimação do filho concebido, embora ainda não nascido, artigo 353; o parágrafo único do artigo 357 possibilita o reconhecimento do filho ilegítimo antes do seu nascimento; pelo artigo 372 pode haver a adoção do nascituro; e o artigo 462 prevê a nomeação de curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder.

Contudo, em se tratando de concepção *in vitro*, fica difícil afirmar que existe um nascituro, já que o embrião assim obtido não tem nenhuma garantia de que será implantado no útero de uma mulher para ser levado a termo. Ademais, existem divergências de entendimento quanto ao momento em que inicia a vida do embrião, conforme já abordado no capítulo anterior.

O artigo 2º da Lei 8.609, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) define que: *Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até*

doze anos de idade incompletos (...).

Conforme o artigo 277 da Constituição Federal, *é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade máxima, o direito à vida (...).*

VERONESE entende que as garantias constitucionais asseguradas para a infância e a juventude *foram construídas sobre dois pilares importantíssimos: a concepção da criança e do adolescente como “sujeitos de direitos” e a afirmação de sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”⁷⁵.*

Considerando o posicionamento defendido neste trabalho, que o embrião é pessoa em desenvolvimento, é razoável abordagem no sentido incluir o embrião no conceito de criança, e por conseguinte, nas garantias legais a essa conferidas.⁷⁶

Na legislação penal brasileira, o aborto, considerado como tal a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, é classificado como crime. Porém são admitidas duas formas de aborto legal: a) o aborto necessário ou terapêutico, no caso em que a continuidade da gestação representa risco de vida para a gestante, desde que não haja outro meio para salvá-la; b) a interrupção da gravidez que resulta de estupro.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência brasileira vem autorizando a realização de aborto no caso de anencefalia fetal.⁷⁷

⁷⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 90.

⁷⁶ A abordagem da possibilidade de o embrião humano incluir-se no conceito de criança, nos termos do artigo 2º do ECA foi levantada pela Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, por ocasião da defesa da presente dissertação.

⁷⁷ Neste sentido foi decidido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que está submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez. (Acórdão nº 98.003566-0 de 05 de maio de 1978 do TJ/SC, Rel. Des. Jorge Mussi. Disponível em <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em 12/02/2001.

Dessa forma, não é permitido o aborto eugênico, ou seja, aquele que visa impedir a continuação de gravidez quando haja possibilidade de a criança nascer com distúrbios ou doenças hereditárias, nem o chamado aborto econômico, quando a família é numerosa e mais um nascimento possa agravar a sua condição social.

Por outro lado, pode ocorrer o aborto natural ou acidental, caso em que não haverá a figura delituosa prevista na legislação penal. É natural quando há interrupção espontânea da gravidez e acidental quando decorre de um traumatismo, não intencional.

JESUS⁷⁸ coloca que *no CP brasileiro, o crime de aborto é classificado no Título 'Dos Crimes Contra a Pessoa' e no capítulo 'Dos Crimes Contra a Vida'. Assim, o objeto da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido.*

Prossegue analisando que *diante do direito civil, o feto não é pessoa, mas spes personae, de acordo com a doutrina natalista. É considerado expectativa de ente humano, possuindo expectativa de direito. Entretanto, para efeitos penais é considerado pessoa. Tutela-se, então, a vida da pessoa humana. Conclui que o aborto é crime material, uma vez que as figuras típicas descrevem a conduta de provocar o resultado, que é a morte do feto, exigindo a sua produção*⁷⁹.

As figuras típicas do aborto, segundo o Código Penal Brasileiro, são as seguintes: a) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (CP, art. 124); b) aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); c) aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126); d) aborto qualificado (art. 127); e) aborto legal (art. 128).

⁷⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 18. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, v. 2, parte especial, 1996. p. 102.

⁷⁹ JESUS, D. E. *op. cit.*, p. 102.

Verifica-se, pelo exposto, que a tipificação do crime de aborto depende da existência de uma “gestante”, que conforme o Dicionário Aurélio, é *mulher no período de gestação*.⁸⁰

Considerando que o objeto do presente trabalho é o embrião obtido extracorporeamente em laboratório, tem-se como certo que desde a penetração do óvulo pelo espermazóide surge um embrião que é titular do direito à vida, o qual possui tutela legal penal. Porém, não há uma gestante, posto que a concepção se deu fora do útero materno.

Quanto ao crime de aborto, JESUS⁸¹ analisa o elemento subjetivo do tipo: *O aborto só é punível a título de dolo, vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção. Não existe aborto culposo. E ainda, que o dolo pode ser direto e eventual. Direto, quando há vontade firme de interromper a gravidez e de produzir a morte do feto. Eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir esses resultados.*

Ainda que se possa afirmar que essas figuras típicas se apliquem à manipulação de embriões humanos em laboratório, quando o pesquisador intencionalmente causa a morte do embrião ou quando conduz procedimentos que podem levar a esse resultado, assumindo o risco com a finalidade de testar métodos de manipulação, a tipificação da figura criminosa é incompleta. Deve ser considerado que esse embrião não foi concebido por uma mulher conforme pressupõe a legislação penal ao definir o crime de aborto, mas que foi criado em laboratório, fora do corpo feminino e, muitas vezes, com a finalidade única de ser utilizado em pesquisas.

⁸⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 685.

⁸¹ JESUS, D. E. *op. cit.*, p. 103.

Ressalte-se a relevância social dada à questão “aborto” em nossa legislação pelo aspecto de que a ação penal no crime de aborto é pública incondicionada. No entanto, quando se trata de eliminação do produto da fecundação *in vitro* fica difícil falar-se em “aborto”, pelo que há a necessidade da existência de normas específicas que disciplinem o assunto. A inexistência dessas normas representa uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico.

Em muitos países existe uma regulamentação ampla em relação à reprodução humana assistida. No Brasil, embora esteja tramitando no Congresso Nacional matéria que visa disciplinar esse assunto, não se pode dizer que exista, até esse momento, uma regulamentação ou um controle efetivo da utilização das novas formas de reprodução humana.

A utilização da FIV como método de reprodução humana assistida vem se ampliando no Brasil, pelo que urge seja a matéria regulamentada, em face das conseqüências que podem advir da prática do método sem limitação e controle, uma vez que, no dizer de FERNANDES, *a anomia implicará a autorização tácita da aplicação de todas as técnicas, em qualquer situação, sem qualquer forma de controle.*⁸²

Como alerta LEITE, o Direito *deve intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las, quer para proibir ou regulamentar outras,*⁸³ sendo certo que *a norma jurídica deverá evoluir constantemente para abranger os progressos científicos.*⁸⁴

⁸² FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 102.

⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a Necessidade e Emergência de uma Legislação. In: SILVA, R. P. **Direitos humanos como educação para a justiça.** São Paulo: LTR, 1998. p. 113.

⁸⁴ LEITE, E. O. In.: Silva, R. P. Idem, p. 118.

Desta forma, não há dúvida da necessidade de discussão permanente das implicações jurídicas das técnicas de reprodução humana assistida, inserindo no ordenamento jurídico nacional normas que as disciplinem.

1. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Encontra-se no ordenamento jurídico pátrio a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que, apesar de não disciplinar sobre a reprodução assistida, merece ser referida ante a proximidade da matéria regulamentada com a que é objeto deste trabalho. Dita lei, em seu artigo primeiro, estatui:

Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Pela lei referida são vedados: a) a manipulação genética das células germinais humanas (art. 8º, II); b) a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, com a aprovação prévia do CTNBio⁸⁵ (art. 8º, III); c) a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8º, IV). Essas condutas são consideradas crime, segundo o artigo 13 da mesma lei.

Embora a lei vede a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, nada dispõe sobre a produção de embriões humanos com finalidade de possibilitar a procriação. Não se refere

⁸⁵ CTNBio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança

ao armazenamento dos embriões sobranes, ou seja, os que não são utilizados no processo da reprodução humana assistida através de fecundação *in vitro*.

Existe no Brasil a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP, com a função de implementar as normas e diretrizes regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde. A CONEP atua conjuntamente com uma rede de Comitês de Ética em Pesquisa – CEP, organizados nas instituições onde as pesquisas se realizam. A composição da CONEP e da CEP é multidisciplinar, com a participação de pesquisadores, estudiosos de bioética, juristas, profissionais de saúde, das ciências sociais, humanas e exatas e representantes de usuários.

O Conselho Nacional de Saúde, ligado ao Ministério da Saúde, aprovou, em 10 de outubro de 1996, a Resolução nº 196, que estabelece diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, a qual é definida como *pesquisa que, individual ou coletivamente, envolva o ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais. (II.2).*

No item III da referida Resolução são disciplinados os aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos. Entre tais aspectos, destaca-se o item III-1-a, que se refere ao consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvos e à proteção a grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes, estabelecendo que a pesquisa envolvendo seres humanos deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade.

Não se verifica na Resolução 196 qualquer referência à pesquisa envolvendo embrião humano criado em laboratório. Em que pese a previsão de proteção

aos grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes, não se pode absolutamente entender que isso seja aplicável em relação a esses embriões.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara (PSDB-CE), o qual visa disciplinar a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistidas.

Pelo texto original do referido Projeto de Lei: *constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação* (art. 1º), sendo denominados *embriões humanos aos produtos da união in vitro de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento.* (art. 1º, § 1º, I).

O artigo 6º dispõe que *Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.* Também é previsto o sigilo sobre a identificação de doadores e usuários e das crianças nascidas a partir de material doado.

O Projeto de Lei em apreciação estabelece que *na execução das técnicas de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora* (art. 8º), ficando os estabelecimentos que praticam a RA autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento. (art. 9º).

O teor do disposto no parágrafo 1º do artigo 9º do Projeto de Lei 90/99, define que *não se aplicam aos embriões originados in vitro, antes de sua introdução no*

aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei. O parágrafo 4º do mesmo artigo propõe:

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I- doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Dessa forma observa-se que a proposta legislativa não prevê direitos aos embriões resultantes da FIV, mas a exclusão deles da proteção jurídica existente. Exclui esses embriões dos direitos assegurados ao nascituro, bem como do direito à vida consoante o parágrafo 4º do artigo 9º acima transcrito.

Considerando que o aborto é definido como crime na legislação brasileira e que entre os casos em que ele é permitido não consta o fato de a gravidez não ter sido desejada e que na FIV o resultado (a obtenção de embriões humanos) decorre de um ato de vontade, a possibilidade de dispor da vida de embriões em laboratório, caso aprovado o Projeto de Lei 90/99, vai gerar uma contradição legislativa.

Mais grave do que a contradição legislativa é o fato de seres humanos serem relegados à condição de “coisas”, posto que, se aos embriões resultantes da FIV, não se aplicarem os direitos assegurados por lei aos nascituros, eles não estarão sendo vistos como pessoas.

A possibilidade de descarte de embriões resultantes da FIV, mediante simples solicitação dos doadores também empresta a esses seres a condição de “coisas”, já

que o direito de dispor decorre do direito de propriedade, o qual não pode ser exercido sobre pessoas.

Tanto os embriões concebidos no útero materno, como os criados em placas de cultivo nos laboratórios pela FIV, têm as mesmas características. São seres humanos no início de seu desenvolvimento e possuem em si todo o comando da continuidade do processo vital. Portam as características de um indivíduo único. Dessa forma, como justificar que os primeiros (concebidos no aparelho reprodutor feminino) tenham o direito à vida garantido e os segundos (resultantes de fecundação in vitro) não somente não tenham direito à vida, como tenham previsão legal de “descarte”, ou seja, de eliminação?

Parece evidente que a regulamentação de uma questão tão complexa como essa não pode ser elaborada sem uma ampla discussão na sociedade, que possibilite sejam ouvidos todos os segmentos, uma vez que para definir condutas condizentes com o sentimento de um povo é necessário perquirir não somente o meio científico, mas também as diversas correntes filosóficas, religiosas e políticas existentes, tendo presente, conforme faz ver FAGÚNDEZ, que *o Direito não é tão-somente um conjunto de normas. Traz princípios, que são portas que se abrem para a busca de novos conhecimentos, e que se constituem ademais nas pontes que unem a ciência, a arte, a religião, enfim, todos os saberes.*⁸⁶

Precisam ser levadas em consideração, ainda, as situações concretas que podem decorrer da regulamentação, aproveitando a experiência de outros povos. Na Espanha, por exemplo, onde é permitida a manutenção, pelo congelamento, de embriões sobranes das FIV (crioconservação) pelo prazo de cinco anos, verifica-se, consoante informe anual de dezembro de 1998 da Comissão Nacional de Reprodução Assistida

⁸⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O Holismo e a Garantia dos Direitos Fundamentais. In: SILVA, R. P. (org.). *op. cit.*, 1998.

daquele país, um acúmulo crescente de embriões congelados que, segundo a mesma comissão, consiste num problema ético e social relevante, que deve ser evitado.

Já na Alemanha a legislação evita o problema dos embriões sobranes da FIV, uma vez que somente permite a fecundação dos embriões que serão efetivamente transferidos ao útero para a gestação e limita em três o número de embriões transferidos.

Em que pese a urgente necessidade de se estabelecer uma legislação em nosso país que discipline a utilização dos métodos de reprodução humana assistida, a edição de norma de tal envergadura deve partir de um amplo debate social, em que se encontre a posição predominante do sentimento nacional quanto às condutas eticamente aceitáveis, pela definição de uma valoração da vida humana, o início dessa vida e, em consequência, o estatuto a ser conferido ao embrião humano, seja ele resultado da concepção corpórea ou extracorpórea.

Deve ser também considerado que a legislação precisa definir rigorosamente os critérios para autorização da aplicação de técnicas de reprodução humana assistida que consistam em criação e/ou manutenção de embriões *in vitro*, de forma que somente possam aplicá-las clínicas altamente especializadas e confiáveis, sob responsabilidade de profissionais igualmente qualificados, com a sujeição a rígido controle público, através de inspeções periódicas e exigência de informes precisos dos embriões obtidos e do destino dado a cada um deles.

O Relator do Projeto de Lei do Senado nº 90/99, Senador Roberto Requião, apresentou um substitutivo que foi aprovado pela comissão de Constituição Justiça e Cidadania em reunião de 13 de abril de 2000.

O referido substitutivo utiliza-se da expressão “Procriação Medicamente Assistida”, em vez de “Reprodução Assistida”, usada no projeto original, e apresenta

grande avanço em relação a esse, uma vez que retirou os dispositivos que permitiam o descarte de embriões e a redução embrionária, entre outras alterações.

Conforme o artigo 1º do Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 90 de 1999: *Esta Lei disciplina o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.* O parágrafo único do mesmo artigo considera beneficiários os cônjuges *ou ao homem e à mulher em união estável* (inciso I) e permite a gestação de substituição (inciso II) na modalidade não-remunerada e desde que haja parentesco até segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta (art. 3º).

A Seção II do substitutivo trata do consentimento livre e esclarecido, estabelecendo que será obrigatório para ambos os beneficiários, formalizado por instrumento particular, com esclarecimentos sobre vários aspectos, entre os quais destaca-se: a) sobre a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida; b) sobre os aspectos éticos e implicações médicas das diferentes fases das modalidades de PMA disponíveis e os respectivos custos; c) sobre os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de PMA e a possibilidade e probabilidade de danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para os nascituros.

A Seção III do substitutivo trata dos estabelecimentos e profissionais que realizam a Procriação Medicamente Assistida, os quais são responsabilizados: a) pela elaboração de Laudo sobre a necessidade e oportunidade para a realização da técnica de PMA (art. 6º, I); b) pelo recebimento de doações e fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na PMA, sendo vedada a transferência a fresco de material

doado (art. 6º, II); c) pelo registro de informações pelo prazo de cinquenta anos (art. 6º III); d) pela obtenção do consentimento livre e esclarecido (art. 6º, IV).

O artigo 7º do substitutivo do PLS 90/99 estabelece os requisitos para obtenção de licença de funcionamento das clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida, os quais se referem à disponibilidade de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes, manutenção de registros dos casos em que forem empregadas as técnicas, bem como dos doadores e provas diagnósticas realizados no material biológico utilizado e informação ao órgão competente, a cada ano, de suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.

A permissão de doação de gametas é prevista no artigo 8º do Substitutivo, que veda a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título, devendo os estabelecimentos que praticam a PMA zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado, conforme artigo 9º. Há também a previsão de um registro central de doações e gestações, organizado pelo poder público com base nas informações dos estabelecimentos que praticam a PMA e que deverá ser obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um mesmo par de beneficiários (art. 10).

A regulamentação sobre gametas e embriões consta na Seção V do Substitutivo, conforme segue:

Art. 14. Na execução de técnica de Procriação Medicamente Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no caput deste artigo.

§ 2º Não se aplicam aos embriões originados in vitro, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

O artigo acima referido começa muito bem ao limitar em três o número de embriões que poderão ser produzidos e transferidos à mulher receptora, bem como ao determinar a obrigatoriedade da transferência a fresco de todos os embriões, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro, além de cometer uma violação contra os direitos fundamentais do ser humano, entra em contradição com o estatuído anteriormente.

Com efeito, se é obrigatória a transferência a fresco de todos os embriões obtidos, como manter a exclusão desses embriões dos direitos do nascituro? Qual a diferença do embrião antes e depois da implantação no útero materno? Não é ele o mesmo embrião? Ora, se a própria norma estabelece a obrigatoriedade da implantação, ela reconhece a condição de “nascituro” a todo o embrião produzido.

O Substitutivo do PLS 90/99 prevê, em seu artigo 15, a autorização de preservação de gametas humanos doados ou depositados para armazenamento, pelos métodos previstos em regulamento, determinando a obrigatoriedade do descarte de gametas sempre que solicitado pelo doador ou depositante, sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre esclarecido e nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira (art. 15, § 2º)

O tempo máximo de preservação de gametas depositados apenas para armazenamento e de desenvolvimento de embriões *in vitro* deverá ser definido em regulamento, conforme artigo 16 do substitutivo.

Quanto a pré-seleção sexual, o artigo 17 do Substitutivo prevê que somente poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamente Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.

A Seção VII do Substitutivo do PLS 90/99 estabelece penalidades para condutas ligadas à Procriação Medicamente Assistida, entre as quais destacam-se: a) prática da redução embrionária (art. 23); b) prática de útero ou barriga de aluguel (arts. 26 e 32); implantar mais de três embriões na mulher receptora (art. 30); c) realizar pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto na lei (art. 31); d) produzir embriões além da quantidade permitida (art. 33); e) armazenar, destruir ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos na lei (art. 34); f) deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica (art. 35); g) realizar procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável (art. 37).

Ao limitar em três o número de embriões produzidos e transferidos e vedar a redução embrionária e a conservação de embriões, o Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 90/99 demonstrou grande avanço no respeito ao direito à vida. Contudo, deixou aberta a possibilidade de descarte de embriões pela pré-seleção sexual para evitar doenças ligadas ao sexo (art. 17). Tal pré-seleção somente deveria ser permitida em relação aos gametas, pois aplicada em relação a embriões significa a permissão legal de destruir vidas humanas.

Outro aspecto que merece um estudo mais acurado é a previsão no parágrafo único do artigo 1º do Substitutivo ao PLS 90/99, que considera como beneficiários da procriação medicamente assistida os cônjuges ou o homem e mulher em

união estável. Tal regra, que exclui as mulheres solteiras do acesso a essa forma de reprodução, pode estar ferindo o princípio constitucional da igualdade.

Contudo, considerando os direitos da criança, garantidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre os quais o direito de ser educado no seio de uma família, bem como, o posicionamento defendido neste trabalho de que o filho desejado não pode ser simplesmente objeto de um desejo, já que é sujeito de direitos, tem-se a propensão de acreditar que na proposta legislativa em apreciação não há qualquer afronta ao princípio da igualdade, já que o que se opõe ao direito à criança é o direito da criança.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA EM OUTROS PAÍSES⁸⁷

2.1. Espanha

Na Espanha a Lei 35 de 22 de novembro de 1998 regula as técnicas de Reprodução Humana Assistida: a Inseminação Artificial (IA), a Fecundação *in vitro* (FIV), com Transferência de Embriões (TE) e a Transferência Intratubária de Gametas (TIG), quando estejam científica e clinicamente indicadas, se realizem em Centros ou Estabelecimentos sanitários e científicos autorizados, confiáveis, por equipes especializadas (art. 1.1)

Disciplina a lei espanhola que as técnicas de reprodução assistida têm como finalidade fundamental a atuação médica ante a esterilidade humana, para facilitar a procriação quando outras terapêuticas tenham sido descartadas por inadequadas ou

⁸⁷ Toda a legislação estrangeira pesquisada foi obtida na obra: CASABONA, Carlos María Romeo. **Código de leyes sobre genética**. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Espanha: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia. Universidad de Deusto. 1997.

ineficazes (art. 1.2). É permitida a utilização dessas técnicas na prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética ou hereditária, quando seja possível recorrer a elas com suficientes garantias diagnósticas e terapêuticas e estejam estritamente indicadas (art. 1.3); Permite também a investigação e experimentação com gametas ou óvulos humanos fecundados nos termos dos artigos 14, 15, 16 e 17 da lei (art. 1.4).

O artigo 3º da lei proíbe a fecundação de óvulos humanos com fim distinto da procriação humana. Porém, o artigo 15 estabelece que pode ser autorizada investigação ou experimentação em pré-embriões vivos, se atendidos os seguintes requisitos: a) que se conte com o consentimento escrito das pessoas de quem procedem os pré-embriões, com prévia explicação pormenorizada dos fins que se perseguem com a investigação e suas implicações; b) que não se desenvolva *in vitro* mais de catorze dias depois da fecundação do óvulo, descontado o tempo em que possa ter estado crioconservado; c) que a investigação se realize em centros sanitários e por equipes científicas multidisciplinares legalizadas, qualificadas e autorizadas, sob controle das autoridades públicas competentes.

A investigação em pré-embriões *in vitro* viáveis só é permitida se de caráter diagnóstico e com fins terapêuticos preventivos e não modifique o patrimônio genético não patológico (art. 15.2, a e b). A investigação em pré-embriões com outros fins que não sejam de comprovação de sua viabilidade ou diagnóstico somente é autorizada: a) se se tratar de embriões não viáveis; b) se demonstrado cientificamente que não se pode realizar em modelo animal; c) se tem por base um projeto devidamente apresentado e autorizado pelas autoridades sanitárias e científicas competentes e, em sendo o caso, por delegação pela Comissão Nacional Interdisciplinar; d) se realizada nos prazos autorizados.

Na Espanha é permitida a utilização de gametas (óvulos e espermatozóides) com finalidade de investigação básica e experimental; a investigação de técnicas de

obtenção e maturação de óvulos, assim como de crioconservação. É também autorizado o teste de “hamster” (fecundação de óvulo de hamster por espermatozóide humano), para avaliar a capacidade de fertilização dos espermatozóides, até a divisão em duas células do óvulo de hamster fecundado, momento em que se interromperá o teste.

A doação de gametas e pré-embriões, conforme a lei espanhola, é contrato gratuito, formal e secreto, realizado entre o doador e o centro autorizado, não podendo nunca ter caráter lucrativo ou comercial.

Disciplina o artigo 11 da Lei 35/1988 que os pré-embriões sobranes de uma FIV, por não terem sido transferidos ao útero, se crioconservarão nos bancos autorizados, por um máximo de cinco anos (11.3) e que, passados dois anos de crioconservação de gametas ou pré-embriões que não procedam de doações, ficarão à disposição dos bancos correspondentes. (11.4)

Quanto ao diagnóstico e tratamento de embriões, o artigo 12 da Lei 35/1988 dispõe que toda a intervenção sobre o pré-embrião, vivo, *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a valoração da sua viabilidade ou não, ou detecção de enfermidades hereditárias, a fim de tratá-las, se possível, ou de desaconselhar sua transferência para procriar (12.1), e toda a intervenção sobre o embrião no útero ou sobre o feto, no útero ou fora dele, vivos, com fins diagnósticos, não é legítima se não tem por objeto o bem-estar do nascituro e o favorecimento de seu desenvolvimento ou se está amparada legalmente (12.2).

Conforme o artigo 13, toda intervenção sobre o pré-embrião vivo, *in vitro*, com fins terapêuticos não terá outra finalidade que tratar de uma enfermidade ou impedir sua transmissão, com garantias razoáveis e constatadas (13.1); toda intervenção sobre o embrião e sobre o feto vivos no útero, ou sobre o feto fora do útero, se é viável, não terá

outra finalidade terapêutica que não seja a que propicie seu bem-estar e favoreça seu desenvolvimento (13.2); a realização de terapêutica em pré-embriões, embriões e fetos, no útero, somente se autorizará se se completarem os seguintes requisitos: a) que o casal ou, em sendo o caso, a mulher sozinha, tenham sido rigorosamente informados sobre os procedimentos, investigações diagnósticas, possibilidades e riscos da terapêutica proposta e as tenham aceito previamente; b) que se trate de enfermidades com um diagnóstico muito preciso, de prognóstico grave ou muito grave, e quando ofereçam garantias, ao menos, razoáveis, da melhora ou solução do problema; c) se se dispõe de uma lista de enfermidades em que a terapêutica é possível com critérios estritamente científicos; d) se não se influi sobre os caracteres hereditários não patológicos nem se busca a seleção dos indivíduos ou raça; e) se se realiza em Centros Sanitários autorizados e por Equipes qualificadas e dotadas dos meios necessários.

A Lei 35/1988 estabelece, em seu capítulo VI, as infrações e sanções. São consideradas infrações muito graves: a) fecundar óvulos humanos com qualquer fim distinto da procriação humana; b) obter pré-embriões humanos por lavagem uterina para qualquer fim; c) manter *in vitro* óvulos fecundados e vivos, mais de quatorze dias seguintes ao que foram fecundados, descontado o tempo em que estiveram crioconservados; d) manter vivos pré-embriões com o objetivo de obter deles amostras utilizáveis; e) comercializar com pré-embriões ou com suas células, assim como sua importação ou exportação; f) utilizar industrialmente pré-embriões ou suas células, senão com fins estritamente diagnósticos, terapêuticos ou científicos, nos termos desta lei ou das normas que a desenvolvam e quando tais fins não se podem alcançar por outros meios; g) utilizar pré-embriões com fins cosméticos ou semelhantes; h) mesclar sêmen de doadores distintos para inseminar a uma mulher ou para realizar a FIVTE, assim como utilizar óvulos de distintas mulheres para realizar uma FIVTE ou a TIG; i) transferir ao útero gametas ou pré-

embriões sem as exigidas garantias biológicas ou de viabilidade; j) desvelar a identidade dos doadores fora dos casos excepcionais previstos na lei; k) criar seres humanos idênticos, por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção de raças; l) a criação de seres humanos por clonagem em qualquer de suas variantes ou qualquer outro procedimento capaz de originar vários seres humanos idênticos; m) a patogênese ou estimulação ao desenvolvimento de um óvulo, por meios térmicos, físicos ou químicos, sem que seja fecundado por um espermatozóide, o qual dará lugar somente a descendência feminina; n) a seleção de sexo ou a manipulação genética com fins não terapêuticos ou terapêuticos não autorizados; o) a criação de pré-embriões de pessoas do mesmo sexo, com fins reprodutores ou outros; p) a fusão de pré-embriões entre si ou qualquer outro procedimento dirigido a produzir quimera; q) o intercâmbio genético humano, ou recombinação com outras espécies, para produção de híbridos; r) a transferência de gametas ou pré-embriões humanos no útero de outra espécie animal, ou a operação inversa, assim como as fecundações entre gametas humanos e animais que não estão autorizadas; s) a ectogênese ou criação de um ser humano individualizado em laboratório; t) a criação de pré-embriões com espermatozóide de indivíduos diferentes para sua transferência ao útero; u) a transferência ao útero, ao mesmo tempo, de pré-embriões originados com óvulos de mulheres distintas; v) a utilização da engenharia genética e outros procedimentos, com fins militares ou de outra índole, para produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana, de que tipo forem; x) as investigações ou experimentações que não se ajustem aos termos desta lei ou das normas que a desenvolvam.

Através do Real Decreto 412 de 01 de março de 1996, o Governo Espanhol estabeleceu o protocolo obrigatório de estudo dos doadores e usuários relacionados com as técnicas de Reprodução Humana Assistida e regulamentou a criação e organização do

Registro Nacional de Doadores de Gametas e Pré-embriões, com fins de reprodução humana.

Na Espanha a doação e a utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos, com fins diagnósticos, terapêuticos, de investigação ou experimentação encontram disciplina na Lei 42 de 28 de dezembro de 1988. Conforme o artigo 2º da referida lei, a utilização de embriões ou fetos humanos ou de suas estruturas biológicas para os fins acima referidos, sujeita-se ao preenchimento de alguns requisitos, dentre os quais destacam-se: a) a doação pelos progenitores, que devem outorgar seu consentimento livre, sendo previamente informados das conseqüências, objetivos e fins a que pode servir a doação; b) não ter caráter comercial ou lucrativo; c) os embriões ou fetos objeto da doação serem clinicamente inviáveis ou estarem mortos.

A utilização de embriões ou fetos humanos ou de suas estruturas biológicas somente podem ser realizadas por equipes biomédicas qualificadas, em centros ou serviços autorizados e controlados pelas autoridades públicas, não podendo haver a interrupção de gestação com a finalidade de posterior utilização dos embriões ou fetos ou sua estrutura biológica, bem como, sendo vedada a utilização destes pela equipe médica que realizou a interrupção da gestação (art. 3º).

Os embriões abortados, espontaneamente ou não, serão considerados não viáveis para os efeitos da lei antes referida, porém os fetos expulsados prematura e espontaneamente e considerados biologicamente viáveis, serão tratados clinicamente com o fim de favorecer seu desenvolvimento e autonomia vital (art. 5º).

O artigo 6º da Lei Espanhola nº 42/88, autoriza a obtenção e utilização de estruturas biológicas procedentes de embriões ou fetos mortos, com fins diagnósticos,

terapêuticos, farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos, de investigação ou experimentação, assim como a sua doação para tais efeitos.

A Lei 35 de 22 de novembro de 1988, da Espanha, previu a criação de uma Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, como um órgão colegiado de caráter permanente e consultivo, para orientar acerca da utilização dessas técnicas e colaborar com as administrações públicas sanitárias em relação a ditas técnicas e suas derivações científicas. Essa Comissão somente foi criada em 21 de março de 1997 e começou a funcionar em 11 de novembro do mesmo ano. A sua composição é mista, com a participação de representantes das administrações sanitárias, membros indicados por várias sociedades científicas relacionadas com a fertilidade humana e com a bioética e de diferentes entidades sociais, tais como associações de consumidores e usuários e entidades profissionais.⁸⁸

Através do I Informe Anual publicado em dezembro de 1998, a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha posiciona-se sobre alguns aspectos referentes a FIV:

Crioconservação de Sêmen – Argumentando que os dados acumulados mostram que o congelamento de sêmen, espermatozóide ou tecido testicular pode prolongar-se sem diminuir a sua garantia e que a prática médica atual tem tornado possível que homens em idade reprodutiva afetados por patologias que ocasionam a esterilidade podem beneficiar-se preventivamente da crioconservação de sêmen e espermatozóide, a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha entende ser aconselhável a supressão do limite de cinco anos para manutenção de sêmen congelado, previsto no artigo 11.1 da Lei 35/88.

⁸⁸ Dados obtidos no I Informe Anual da “Comisión Nacional de Reproducción Humana Assistida”, publicado em dezembro de 1998.

Crioconservação de Óvulos – Referindo que o congelamento de óvulos é vedada pela Lei 35/88 que estabelece que não se autorizará a crioconservação de óvulos com fim de reprodução assistida enquanto não haja suficientes garantias sobre a viabilidade dos óvulos após a seu descongelamento, a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha manifesta que, no momento atual, é conveniente que se desenvolvam de forma controlada experiências com óvulos e tecido ovárico para utilização em reprodução humana assistida. Para tanto, entende não ser necessário mudar a lei, mas fazer um desenvolvimento normativo que possibilite a promoção dessas experiências em centros concretos.

Crioconservação de Embriões – A Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha observa que a Lei de Reprodução Humana Assistida prevê o congelamento de embriões e a sua conservação por um prazo de cinco anos, sem especificar o que fazer com os embriões congelados não utilizados ao final deste prazo.

Para solução do problema seria preciso uma série de medidas, entre as quais a estimulação da doação dos embriões que não vão ser utilizados pelos próprios pais.

A Comissão entende que não se justifica, no momento atual, do ponto de vista científico, a limitação do prazo de conservação de embriões congelados em cinco anos e propõe seja o prazo considerado em relação à vida reprodutiva da mãe, estabelecendo esta em redor dos 50 anos de idade.

Por outro lado, deve a legislação definir o que fazer com os embriões que atingem o prazo limite de crioconservação. A Comissão considera que é preferível a utilização desses embriões para a investigação do que a sua destruição.

Dessa forma, constata-se que, conforme a legislação espanhola, é vedada a criação de embriões em laboratório com fins diversos da procriação, contudo é autorizada a

realização de pesquisa e experiência em embriões não viáveis ou mortos. Por outro lado, é autorizada a crioconservação pelo período de cinco anos de embriões sobranes dos procedimentos de FIV para fins de procriação, sem que a legislação especifique o destino a ser dado a esses embriões uma vez decorrido esse prazo, deduzindo-se que seja o descarte, mas não estando excluída a hipótese de serem utilizados em pesquisas. Ressalte-se ainda que a legislação espanhola somente autoriza a manutenção de embriões vivos fora do corpo materno até o 14º dia da fecundação, não contado o período que permaneça crioconservado.

Conclui-se que a legislação espanhola optou pela aceitação da teoria que defende a existência do pré-embrião, considerando assim o embrião humano que tenha até 14 dias desde a fecundação, o qual não tem o direito à vida assegurado.

2.2. Alemanha

A proteção aos embriões é regulada na Alemanha pela Lei de 13 de dezembro de 1990. Essa lei prevê a pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa para quem: 1. transfira a uma mulher um óvulo não fecundado alheio; 2. empreenda a fecundação artificial de um óvulo para fim distinto da gestação daquela mulher de quem provém o óvulo; 3. empreenda a transferência a uma mulher de mais de três embriões dentro do mesmo ciclo; 4. empreenda a fecundação por transferência intratubária de gametas, dentro de um mesmo ciclo, de mais de três óvulos; 5. empreenda a fecundação de um número de óvulos de uma mulher superior ao que pretende transferir em um mesmo ciclo; 6. extraia de uma mulher um embrião antes de concluir sua nidação ao útero para transferi-lo a outra mulher ou para empregá-lo com finalidade distinta da sua conservação; 7. empreenda uma fecundação artificial ou uma transferência de um embrião humano a

uma mulher que esteja disposta a entregar a terceiros a criança depois de seu nascimento de modo permanente (mãe substituta).

A mesma lei estabelece que será sancionado com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa quem aliene embrião humano criado extracorporeamente ou que tenha sido extraído do útero antes de concluir a nidada, ou quem o entregue, adquira ou utilize para fim distinto da sua conservação. Será sancionado do mesmo modo quem produza o desenvolvimento extracorporal de um embrião humano para fim distinto da produção de uma gestação, sendo punível a tentativa.

A lei alemã penaliza também: a) a eleição de sexo, pela seleção do esperma, excetuado o caso em que tal seleção visa preservar a criança de enfermidades graves vinculadas ao sexo; b) a fecundação artificial sem consentimento da mulher de quem provenha o óvulo ou do homem de quem provenha o esperma; c) a transferência de um óvulo a uma mulher sem o seu consentimento; d) a fertilização de óvulo com sêmen de um homem que já tenha morrido.

Para a modificação artificial de célula germinal humana, clonagem e formação de quimeras e híbridos, a lei alemã prevê a pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa.

Dessa forma, verifica-se que a legislação alemã dá maiores garantias ao embrião humano do que a legislação espanhola. Sendo proibida a produção de embriões com destinação distinta da procriação, bem como a fecundação de maior número de óvulos do que os que serão transferidos, não há possibilidade de existência de embriões sobranes na FIV. Por outro lado, a limitação do número de embriões transferidos em três, diminui a ocorrência da hipótese da necessidade de seleção de embriões após o início da gestação.

2.3. França

A Lei nº 94-653 de 29 de julho de 1994 regula na França o respeito ao corpo humano. Conforme seu artigo 2º, a lei garante a primazia da pessoa, proíbe toda a vulnerabilidade da dignidade da mesma e assegura o respeito ao ser humano desde o começo de sua vida.

Pela lei francesa o corpo humano é inviolável, não podendo ser objeto de nenhum direito de natureza patrimonial. São proibidas as práticas eugênicas de organização ou seleção de pessoas, bem como as transformações dos caracteres genéticos. São nulos os contratos que tenham por finalidade conferir valor patrimonial ao corpo humano, seus elementos e seus produtos e os que tenham por objeto a procriação ou a gestação por conta de terceiros. (art. 3º)

Quanto à proteção do embrião humano, o artigo 9º da referida lei, que insere disposições no Código Penal Francês, prevê penalidades para a obtenção de embriões humanos mediante pagamento, assim como para a utilização de embriões para fins industriais ou comerciais e para a concepção de embriões humanos *in vitro* com fins de investigação ou experimentação.

As técnicas de Reprodução Humana Assistida estão reguladas na França pela Lei 94-654, de 29 de julho de 1994, a qual introduziu um capítulo no Código de Saúde Pública francês.

Pela Lei 94-654, somente se pode conceber um embrião *in vitro* com a finalidade de reprodução, devendo pelo menos um dos gametas proceder de um dos membros do casal que deseja procriar. É permitida a conservação de óvulos fecundados

pelo período de cinco anos, podendo, excepcionalmente, os dois membros do casal consentir por escrito que os embriões conservados sejam recebidos por outro casal.

Estabelece a lei acima referida que a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, com exceção da inseminação artificial, somente pode ser feita por clínicas autorizadas que cumpram os requisitos determinados em lei, e são obrigadas a prestar informe anual de atividades ao Ministro de Saúde. A concessão ou retirada da autorização para a aplicação das técnicas antes referidas é encargo da Comissão Nacional de Medicina e Biologia da Reprodução e Diagnóstico pré-natal.

O diagnóstico biológico efetuado a partir de células extraídas de embriões *in vitro* somente é autorizado quando, devido à situação familiar do casal que deu origem ao embrião, haja grande possibilidade de a criança nascer infectada por enfermidade genética incurável.

Com a permissão da conservação de óvulos fecundados pelo prazo de cinco anos, embora não o diga expressamente, a lei francesa admite o descarte de embriões, uma vez decorrido esse prazo. Por essa razão, entende-se que o direito à vida, também nesse país, não é garantido aos embriões resultantes da FIV.

2.4. Noruega

A Lei nº 56, de 05 de agosto de 1994 dispõe sobre as aplicações biotecnológicas na medicina na Noruega. Pelo artigo 2.2 dessa lei, o tratamento com técnicas de reprodução assistida somente poderá ser utilizado por mulher casada ou que viva com um homem uma relação estável equiparável ao matrimônio, devendo ser precedido de consentimento por escrito da mulher e do marido.

A lei norueguesa somente autoriza a FIV se a mulher ou homem forem estéreis e não tenham dado causa a esterilidade, estabelecendo que os óvulos fecundados somente podem ser utilizados para implantação na mulher do qual procedem.

A conservação de óvulos fecundados não pode ultrapassar o prazo de três anos, sendo proibido o armazenamento de óvulos não fecundados, conforme artigo 2.12 da referida lei. Já o artigo 3.1 proíbe a investigação sobre óvulos fecundados.

O capítulo 4 da Lei em apreciação trata do diagnóstico pré-implantatório, assim entendido o exame genético do óvulo fecundado antes de sua transferência ao útero, que somente será autorizado em casos especiais em que exista uma enfermidade hereditária incurável, sem possibilidade de tratamento. É proibido o exame de um óvulo fecundado para seleção de sexo da criança, salvo em caso de enfermidade incurável ligada ao sexo. O Estado poderá estabelecer requisitos detalhados em relação ao diagnóstico pré-implantatório, sendo que antes da autorização desse diagnóstico, a mulher ou o casal devem receber assessoramento genético e informação.

Conclui-se que também na Noruega o direito à vida dos embriões não é plenamente assegurado, pois a previsão legal de conservação por três anos daqueles obtidos extracorporeamente é incompatível com o direito de serem implantados no útero feminino para desenvolvimento e compatível com a possibilidade de eliminação.

2.5. Inglaterra

Na Inglaterra o processo de criação de embrião fora do corpo humano é disciplinado pela Lei de 1º de novembro de 1990, sobre fertilização humana e embrionária. Conforme seu artigo 1º se entende por embrião o embrião humano vivo quando a fertilização está completamente consumada, sendo a referência a embrião extensiva ao ovo

em processo de fertilização, que somente se considera consumada e completa quando apareça um zigoto com duas células.

Somente poderá haver a criação, armazenamento e utilização de embriões mediante autorização do Conselho de Fertilização Humana e Embrionária. O prazo de armazenamento não poderá exceder a cinco anos.

A lei proíbe a implantação em mulher de embrião ou gameta vivos que não sejam humanos; a implantação de embriões humanos em animais; o armazenamento de embriões depois de 14 dias da fecundação; a substituição do núcleo de uma célula de embrião pela célula de qualquer pessoa.

O Conselho de Fertilização Humana e Embrionária da Inglaterra pode autorizar a criação de embriões *in vitro* para utilização em projetos de investigação especificados na permissão, desde que considere conveniente para os fins de: a) promover avanços no tratamento da infertilidade; b) aumentar o conhecimento das causas dos nascimentos malogrados; c) desenvolver técnicas mais eficazes de contracepção ou desenvolver métodos para detectar a presença de anormalidades em genes ou cromossomas de embriões antes de sua implantação ou para qualquer outro propósito especificado em normas regulamentadoras.

É permitida, ainda, a autorização de fecundação com espermatozoides humano de óvulos de hamster ou de outro animal especificado nas normas regulamentadoras, para o fim de desenvolver técnicas mais efetivas para determinar a fertilidade ou normalidade do espermatozoide, devendo ser destruído o que foi gerado quando completada a investigação, não podendo, em nenhum caso ir além de duas células.

A fertilização *in vitro* e o uso posterior do embrião, bem como o armazenamento de embriões somente podem ocorrer Reino Unido mediante consentimento expresso das pessoas das quais provêm os gametas.

Com relação à legislação da Inglaterra acima referida, entende-se que a possibilidade de criação de embriões *in vitro* para utilização em projetos de investigação relega o ser humano à condição de cobaia. Ainda que se justifique na busca de tratamento mais eficiente e adequado de enfermidades, a pesquisa envolvendo embrião humano, em qualquer fase de seu desenvolvimento, causa a mesma repugnância que a pesquisa utilizando como cobaia uma pessoa adulta, uma vez que desde a fecundação surge um ser único, que somente não se concretizará se for impedido de continuar o processo vital iniciado.

3. NORMAS COMUNITÁRIAS

Os Estados Membros do Conselho da Europa firmaram a convenção de 19 de novembro de 1996, para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano com respeito à aplicação da biologia e da medicina: Convênio dos Direitos Humanos e da Biomedicina.

Conforme o artigo 14 da referida convenção, a utilização das técnicas de procriação assistida não pode visar a seleção do sexo da criança, salvo para evitar uma enfermidade hereditária grave ligada ao sexo.

O artigo 18 determina que quando a lei nacional admite a investigação sobre embrião *in vitro*, deverá assegurar uma proteção adequada ao embrião, sendo proibida a criação de embriões humanos com o fim de investigar sobre os mesmos.

A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa emitiu a recomendação 1.046, relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais.

A referida recomendação entende que a utilização de embriões ou fetos e a extração de seus tecidos com fins diagnósticos e terapêuticos somente são legítimas se respeitados os princípios e requisitos por ela definidos, em razão de diversas considerações levantadas em seu preâmbulo. Entre essas considerações destaca-se:

- Desde a fecundação do óvulo a vida humana se desenvolve de maneira contínua e não pode fazer-se uma distinção clara durante as primeiras fases (embrionárias) de seu desenvolvimento e, portanto, se revela necessária uma definição da condição biológica do embrião;
- O progresso tem deixado numa situação especialmente precária a condição jurídica do embrião e do feto, e seu estatuto jurídico, na atualidade, não se encontra definido em lei;
- Ante o progresso científico que permite intervir no desenvolvimento da vida humana desde a fecundação, é urgente determinar o grau de sua proteção jurídica;
- O embrião e o feto humano devem beneficiar-se a todo momento do respeito devido à dignidade humana e à utilização de seus elementos e tecidos deverá ser regulamentada de maneira estrita com fins puramente terapêuticos e que não possam ser alcançados por outros meios;
- Toda regulamentação exclusivamente nacional corre o risco de ser ineficaz, levando em conta que qualquer atividade nessa matéria pode deslocar-se para outro país em que não haja a mesma regulamentação.

A partir dessas e outras considerações, a recomendação 1.046 da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa convida os Governos dos Estados Membros do Conselho Europeu a investigar os rumores que circulam nos meios de comunicação relativos ao comércio de embriões e fetos mortos; limitar a utilização industrial de embriões e fetos humanos e seus tecidos para fins estritamente terapêuticos e que não possam ser alcançados por outro meio; proibir a criação de embriões mediante FIV com fins de investigação e tudo o que pode ser definido como manipulação ou desvio não desejável, tais como clonagem, escolha de sexo, etc.

Com relação à forma de controle da utilização das novas tecnologias de reprodução humana assistida, a recomendação em apreciação refere à previsão de sanções apropriadas com o fim de garantir a aplicação das normas sobre a matéria, a elaboração de um registro nacional de centros e serviços sanitários confiáveis e autorizados a realizar ditas técnicas e a criação de comitês ou comissões nacionais multidisciplinares sobre as técnicas de reprodução assistida, as atividades científicas sobre materiais genéticos, embriões e fetos humanos, com o fim de, na falta de legislação ou regulamentação concretas, orientar e assessorar as autoridades sanitárias e científicas, acompanhar e controlar a aplicação de ditas técnicas e autorizar projetos específicos.

4. ABORDAGEM COMPARATIVA

Para concluir o presente capítulo, entende-se relevante fazer uma apreciação comparativa entre as legislações dos países que foram objeto de abordagem e o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional Brasileiro, bem como o seu substitutivo.

O primeiro aspecto a ser salientado é a permissão da utilização do método de reprodução humana assistida que utiliza a fecundação *in vitro*, ponto comum na

legislação da Espanha, Alemanha, França, Noruega e Inglaterra. Na legislação brasileira há omissão quanto ao assunto, embora seja comum a utilização prática desse método (que não é vedado) e haja previsão de permissão nas matérias legislativas sobre o assunto, que estão em tramitação no Congresso Nacional.

A fecundação de óvulos humanos com fim distinto da procriação humana é vedada na legislação espanhola, que permite a doação de embriões. Na França, além de somente ser permitida a FIV para a procriação, a lei exige que pelo menos um dos gametas proceda de um dos membros do casal que deseja procriar, sendo possível, contudo, a doação de embriões que estejam conservados por congelamento. A legislação alemã vai mais além, posto que prevê penalidade para a fecundação de óvulo com fim distinto da gestação *da mulher de quem ele provém*, eliminando, dessa forma, a possibilidade de adoção de embriões. Da mesma forma, na Noruega, os óvulos fecundados pela FIV somente podem ser implantados na mulher da qual procedem. Diferentemente, na Inglaterra é possível a criação de embriões *in vitro* para utilização em projetos de investigação, mediante autorização do conselho de Fertilização Humana e Embrionária.

No Brasil, o Projeto de Lei do Senado nº 90 de 1999 prevê que a utilização da reprodução assistida somente será permitida para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, sendo omissa quanto à possibilidade de fecundação de óvulos humanos com fim diverso da procriação. Verifica-se, contudo, a previsão, na proposta legislativa, de doação, para terceiros ou para pesquisa, de embriões sobranes da reprodução assistida.

Já o substitutivo ao Projeto de Lei acima referido segue em linha diversa, vedando a doação de embriões, permitindo, porém, a doação de gametas. Por outro lado, determina que somente poderão ser produzidos pela FIV até três embriões, que deverão ser

transferidos a fresco para a mulher receptora, eliminando, com isso, a possibilidade de haverem embriões sobranes e a conseqüente conservação deles pelo congelamento.

Embora se considere que o texto do substitutivo é mais adequado do que o do projeto de lei, ele também peca ao não estabelecer com clareza a vedação da fecundação de óvulos humanos com fins diferentes da procriação humana.

Tanto na Espanha, como na França, na Noruega e na Inglaterra, é possível a manutenção de embriões congelados, com a previsão de que somente podem ser conservados aqueles embriões que tenham até 14 dias da fecundação, descontado o tempo de congelamento. O tempo de conservação dos embriões congelados é de cinco anos na França, na Espanha e na Inglaterra, e de três anos na Noruega. Na Alemanha não é permitido o congelamento de embriões.

Os países que permitem a conservação de embriões congelados têm em comum a falta de previsão sobre o destino a ser dado aos embriões, após decorrido o prazo máximo de sua conservação.

No Brasil, o Projeto de Lei 90/99 prevê a autorização da preservação de embriões humanos doados ou depositados para armazenamento em estabelecimentos que pratiquem a reprodução humana assistida, devendo o método de conservação e o tempo máximo de preservação serem estabelecidos em regulamento. Essa possibilidade foi excluída no substitutivo ao referido projeto.

A legislação espanhola e a francesa utilizam a expressão “pré-embrião”, referindo-se ao embrião que tenha até 14 dias da fecundação. Essa expressão não é utilizada nas matérias legislativas em tramitação no Brasil.

Na Espanha e na Inglaterra é permitida a fecundação de óvulo de hamster por espermatozóide humano, com a finalidade de avaliar a capacidade de fertilização dos espermatozóides, devendo ser eliminado o produto da fecundação. Essa possibilidade, felizmente, não é considerada nas propostas legislativas brasileiras.

Pelo exposto, entende-se que, a exemplo da Espanha, França, Noruega e Alemanha, o Brasil deve, quando da regulamentação da prática da reprodução humana assistida, vedar a fecundação de óvulos humanos para fim diverso da procriação humana.

Para evitar os problemas de embriões supranumerários e a difícil solução quanto ao destino a ser dado a eles, a melhor saída é adotar o critério da lei alemã, vedando a fecundação de maior número de óvulos do que os que serão efetivamente transferidos à mulher receptora.

Não usar a expressão “pré-embrião” é um bom caminho para a legislação brasileira, a fim de não estabelecer diferenciação entre embriões humanos em fases diferentes de desenvolvimento.

Devem, ainda, serem observadas pela legislação brasileira, algumas das recomendações da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, especialmente as que dizem respeito à proibição de criação de embrião mediante FIV com fins de investigação e tudo o que pode ser definido como manipulação ou desvio não desejável, tais como clonagem, escolha de sexo, etc.

Por fim, deve o Brasil preocupar-se em estender além de suas fronteiras a discussão sobre a aplicação de métodos de reprodução assistida, especialmente quando haja o uso da FIV, em face da consideração de que a regulamentação exclusivamente nacional corre o risco de ser ineficaz, levando em conta de que qualquer atividade nessa matéria pode deslocar-se para outro país em que não haja a mesma regulamentação,

conforme explicita a recomendação da assembléia comunitária referida acima. Dessa forma, a FIV deve também estar entre as temáticas a serem discutidas com os países vizinhos, para serem objetos de acordos e convenções internacionais.

CAPÍTULO III

O VALOR DA VIDA HUMANA

A vida humana é um valor em si mesmo ou depende de fatores externos ou intrínsecos dos indivíduos para ter uma valoração? Esse é um questionamento antigo dos homens, cujas respostas podem variar muito, dependendo do tipo de abordagem e mesmo da formação de cada um que enfrente a questão.

Entende-se que, justamente porque cada indivíduo é único e cada ser humano possui valor em si, é que as respostas sobre o sentido da vida são variadas e, por vezes, contraditórias.

A natureza humana não pode estar circunscrita somente ao corpo humano, uma vez que o homem é muito mais do que um conjunto de células materiais. Em tudo o corpo humano se assemelha ao dos animais irracionais, pelo menos no que se refere a sua formação exterior. O corpo físico humano é composto dos mesmos elementos encontrados no corpo físico dos animais e está sujeito ao mesmo processo de degradação representado pelas doenças, morte e desagregação da matéria que o compõe. Contudo, há uma diferença básica entre homens e animais, que reside não somente na capacidade de raciocínio, mas principalmente na possibilidade de formar juízos éticos.

No Direito conhecemos o conceito de “personalidade” como o elemento que diz respeito à possibilidade do indivíduo possuir direitos e obrigações. Por outro lado, existem os direitos inerentes à “pessoa” que distinguem o ser humano das “coisas”.

O primeiro direito da pessoa é o direito à vida, como direito inalienável, indisponível, valioso em si mesmo. Mas, a partir dessa consideração surge o questionamento sobre que vida a pessoa humana deve ter preservada, a partir dos conceitos sobre qualidade de vida e dignidade de vida, a seguir abordados.

1. QUALIDADE E DIGNIDADE DA VIDA HUMANA

Para refletir sobre a vida humana é necessário indagar-se sobre o sentido dessa vida, o seu valor e, principalmente, sobre a “dignidade” do ser humano. Mas o que é dignidade? Ter vida digna, poder-se-ia dizer que é ter vida com qualidade. Então, o que é qualidade? Não sofrer, não sentir dor, não passar privações? Ou será que não basta não sofrer, é preciso ter prazer?

Para falar sobre qualidade e dignidade da vida humana, ANDORNO⁸⁹ distingue duas grandes correntes de pensamento em relação aos fundamentos da bioética: a *relativista* ou *subjetivista* e a *objetivista*.

Dentro do relativismo, diz o autor, existem correntes diversas, entre as quais o *não cognitivismo*, o *neoutilitarismo* e o *neocontratualismo*, as quais têm como ponto comum a exclusão de toda tentativa de transcender a materialidade contingente do real; o bem não é verdadeiramente conhecido pela razão, sendo somente construído pela vontade ou percebido pelos sentidos. Não há ações intrinsecamente más.

O não cognitivismo rechaça a capacidade da razão humana para ascender a alguma verdade em matéria moral. A eleição ética não tem nada a ver com a razão, já que não é verificável empiricamente. O neoutilitarismo e o neocontratualismo aspiram a

⁸⁹ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 29-4.

superar o individualismo buscando critérios que possam ser compartilhados por todos.

O neoutilitarismo se apóia sobre o critério da utilidade social. Busca maximizar o prazer e minimizar a dor. O cálculo custo-benefício transposto do plano individual ao social, vem constituir a regra moral válida para todos. Já o neocontratualismo faz coincidir o bem moral com o acordo entre os sujeitos: o bem é construído por meio de uma decisão coletiva; não tem uma substância predeterminada, mas possui um conteúdo variável.

Prosseguindo, ANDORNO⁹⁰ coloca que, para o pensamento objetivista, o bem não é o resultado de uma eleição arbitrária, individual ou coletiva dos homens. O bem não é *construído*, mas *reconhecido*. A razão humana é julgada capaz de distinguir o que contribui para o bem da pessoa do que pode causar-lhe dano. Existem ações intrinsecamente más. A pessoa é vista como o fim de todas as instituições sociais, políticas, econômicas, etc. A moralidade de um ato está determinada principalmente por seu objeto e pela intenção do sujeito. “O fim não justifica os meios”.

Referindo-se aos temas “qualidade e dignidade da vida”, ANDORNO⁹¹ considera que a expressão qualidade de vida é extremamente ambígua, já que pode significar simplesmente que devem melhorar-se as condições de vida da população; porém, pode também expressar a idéia segundo a qual há vidas humanas que não têm suficiente qualidade, conduzindo a sustentar que há seres humanos para os quais seria melhor a morte.

O autor afirma que para as correntes relativistas, o respeito à vida humana é considerado na medida em que o indivíduo possa sentir prazer ou dor, possa tomar

⁹⁰ ANDORNO, R. *op. cit.*, p. 30.

⁹¹ ANDORNO, R. *Idem.* p. 32.

decisões ou intervir na consecução de um contrato social. O respeito à vida não é incondicional, mas ocorre na medida em que ela possua certa “qualidade”.

Para a corrente objetivista ou personalista, todo ser humano possui uma dignidade que lhe é própria e qualquer que seja seu grau de desenvolvimento, sua saúde física e mental, merece respeito como fim em si mesmo. Isso porque é uma pessoa, um ser dotado de espírito. Nunca é aceitável atuar diretamente contra um bem essencial, como a vida de um ser inocente.

PESSINI e BARCHIFONTAINE consideram que *a dignidade da vida humana é um conceito fundamental que se baseia primeiramente em si mesmo e deve ser apoiado pela sua evidência própria de qualidade*⁹². Prosseguem dizendo que:

*(...) Vista dentro da corrente filosófica chamada humanismo, a dignidade da existência humana surge dentro de si mesma, a partir de seu próprio significado, sentido, e justifica-se a si mesma. A perspectiva teológica, que é similar e complementar a esse ponto de vista, sugere que a dignidade da pessoa humana recebe sua santificação por ter sido criada por Deus. Porque as pessoas são criadas à imagem e semelhança de Deus, devem ser respeitadas e possuem dignidade nessa participação especial na obra da criação (...).*⁹³

Argumentando que o termo *sacralidade da vida* tem sido interpretado para significar que toda pessoa tem valor, independente do seu estado de saúde e que o termo *qualidade de vida* significa que o valor da vida é determinado, em parte, pela capacidade de a pessoa realizar certos objetivos, concluem que:

A qualidade de vida de uma pessoa não é sinônimo de vida plena, fisiológica, psicológica ou emocional. Alguém é respeitado como pessoa independentemente do grau com que esse alguém desempenha tais funções. Contudo, o nível com que a pessoa consegue desenvolver essas funções desempenha um papel importante no processo de se tomar decisões médicas. Negligenciar completamente tais fatores é ser vitalista, usando tecnologias de medicina como um mecânico, antes que como

⁹² PESSINI, L. BARCHIFONTAINE, C. P. *op. cit.*, p. 47.

⁹³ PESSINI, L. BARCHIFONTAINE, C. P. *Idem*, p. 48.

médico. O aspecto central da decisão é o benefício do paciente, o que inclui a habilidade de o paciente atingir determinados objetivos da vida. A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta em realizar seus objetivos, é central para decidir ética e clinicamente (...)»⁹⁴

ALVES faz considerações sobre a dignidade da vida humana, do ser humano e a dignidade inviolável da pessoa em comparação com outros seres. Começa descrevendo as maravilhas da natureza, para concluir que *para coroar o sentido da natureza, temos o ser humano com sua alma racional, consciente de sua própria existência e dotado de sabedoria que lhe permite contemplar o nada do seu ser e, nele, vislumbrar a transcendência de sua vida e de todos os seus atos.*⁹⁵

O autor prossegue acrescentando que:

Não há dúvida de que tudo existe para o uso da humanidade, para ser admirado, estudado, utilizado e administrado pelo homem para o seu próprio bem, isto é, para o bem de todos os homens e de cada homem em particular. Mas nunca para a desvalorização do ser humano, nunca para diminuir a sua grande dignidade, pois a vida humana, o dom da vida, é um bem indivisível, é um valor que tem que ser respeitado por si mesmo, desde suas origens. Por isso, não deve ser negado, nem destruído, nem manipulado em circunstância alguma, mesmo como meio para atingir qualquer fim ainda que nobre e legítimo, pois, como sabemos, mesmo os fins bons não justificam os meios malévolos, como são a negação, a destruição e a manipulação de vidas humanas em qualquer fase de suas existências.»⁹⁶

Referindo-se ao aborto, MARTINS observa que *a quase unanimidade dos que defendem o aborto declaram-se contrários a esse homicídio uterino», mas consideram que ele se justifica por ser indesejável o fruto da concepção porque concebido contra a vontade, por descuido ou porque o feto está mal formado, sendo esse ser “socialmente inconveniente.»⁹⁷*

⁹⁴ PESSINI, L. BARCHIFONTAINE, C. P. *op. cit.*, p. 51-52.

⁹⁵ ALVES, J. E. S. In.: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. (org.). *op. cit.*, p. 191-93.

⁹⁶ ALVES, J. E. S. In.: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. (org.). *Idem.* p. 193.

⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional Comparado e a Inviolabilidade da Vida Humana. In.: PENTEADO, J. C.; DIP, R. H. M. (org.). *op. cit.*, p. 141-43.

Para ele, é exatamente o raciocínio que defende o aborto nos casos de nascituros “socialmente inconvenientes”, que mais preocupa, já que é um raciocínio que pode ser aplicado a todos os seres humanos nascituros ou já nascidos. Destaca que *na África do Sul, antes de Mandela, ou nos Estados Unidos, antes de Lincoln, os “socialmente inconvenientes eram os negros... Na Alemanha de Hitler, os judeus foram os socialmente inconvenientes*, acrescentando que no mundo atual os socialmente inconvenientes começam a ser os idosos e no mundo empresarial os cidadãos com capacidade de trabalho que ultrapassam os 45 anos começam a tornar-se socialmente inconvenientes.⁹⁸

O autor conclui que *a defesa do aborto – que é a eliminação de um ser humano “socialmente inconveniente” - é um passo decisivo para a eliminação da solidariedade humana e a volta do “ideal nacional socialista”, de que o mundo deve ter espaço para a “raça pura”, ou melhor, a raça dos “socialmente convenientes”.*⁹⁹

Quando se trata de fecundação *in vitro* temos presente a fusão de gametas que dão origem ao embrião humano. Esse embrião significa o início de uma vida. Ele contém em si os elementos necessários para a continuidade do processo de desenvolvimento dessa vida. Depende, entretanto, da implantação no útero de uma mulher, para que esse processo prossiga.

Estando o embrião fora do útero materno e sujeito à manipulação, ele pode ser submetido a exames que poderão identificar desde o sexo e características físicas até doenças de que seja portador, possibilitando assim, a seleção daquele que detenha os caracteres que sejam desejados pelo cientista ou pelos futuros pais.

⁹⁸ MARTINS, I. G. S. *op. cit.*, p. 142.

⁹⁹ MARTINS, I. G. S. *Idem*, p. 143.

Será que um embrião humano, por ter sido concebido fora do útero materno, poderá ter o seu direito à vida valorado de acordo com os interesses e perspectivas do cientista e dos pais e ser descartado como uma mercadoria que não atinge os padrões de qualidade desejados?

ANDORNO¹⁰⁰ recorda os horrores cometidos na Alemanha nazista em nome da purificação da raça ariana, alertando que as técnicas de fecundação assistida, desenvolvidas com o objeto de conceder filhos a casais estéreis, correm o risco de mudar de objeto para tornar-se instrumento da eugenia, realizada não mais na prática de seleção humana em campos de concentração, mas através de práticas em laboratórios perfeitamente assépticos e reluzentes e com o consentimento aparente de todos.

O autor relata que o DPI (Diagnóstico pré-implantatório) aspira, em uma primeira etapa, submeter os embriões a uma análise genética antes da transferência, para descartar os que apresentam algum tipo de deficiência e não correspondem aos desejos dos pais. E, em uma segunda etapa, busca melhorar a qualidade dos bebês, através das possibilidades criadas pelo conhecimento do genoma humano. Questiona, então, quais os critérios para priorizar certas características, quem e como o fará e qual a representatividade democrática das equipas médicas para decidir os caracteres da humanidade futura.

ANDORNO¹⁰¹ realça que a pretensão de distinguir entre “bons” ou “maus” genes não é de todo realista, já que um gene favorável em uma certa estrutura genética, pode ser desfavorável em outra. A diversidade genética não é um fardo para a humanidade, mas uma riqueza que se deve proteger.

¹⁰⁰ ANDORNO, R. *op. cit.*, p. 74-9.

¹⁰¹ ANDORNO, R. *Idem*, p. 79.

O autor argumenta que o desejo dos pais de terem filhos saudáveis nada tem de reprovável, porém, quando o meio para alcançá-lo consiste na eliminação dos portadores de enfermidades, como ocorre quando se descobre alguma anomalia no feto no diagnóstico pré-natal, surge um problema ético, colocando, ainda, que quando o remédio que se propõe para uma enfermidade é a supressão do enfermo, nos encontramos frente a uma contradição insuperável.

Dessa forma, mesmo a chamada eugenia positiva, assim considerada aquela que visa evitar o sofrimento humano, evitando o nascimento de indivíduos portadores de doenças, embora aparentemente louvável deve ser cuidadosamente analisada e limitada, uma vez que a eliminação de uma vida humana sempre deve ser vista como ato reprovável não somente do ponto de vista ético, mas também do ponto de vista jurídico.

Para fechar a reflexão sobre o sentido da vida, fazendo uma aproximação com o aspecto relativo à informação quanto as implicações do método de FIV e a divulgação desse método feita pelos meios de comunicação, recorre-se à análise de uma reportagem publicada na Revista Manchete¹⁰²

A reportagem começa lembrando que o primeiro bebê de proveta está completando 20 anos de idade, falando a seguir na evolução ocorrida nos meios científicos na solução do problema da fertilidade humana.

Referindo-se a uma técnica utilizada atualmente para a “reprodução assistida”, a matéria fala da facilidade com que hoje se obtém embriões saudáveis, colocando que *a etapa mais enigmática do processo de reprodução assistida continua sendo a fase de fixação desses embriões no útero*, e que (...) *uma nova revolução está em curso agora, com a maturação de embriões em laboratório*. Seria uma técnica australiana

¹⁰² SAÚDE. Fertilidade. A Revolução dos Embriões. *Revista Manchete*, n. 2.397, 14 de março de 1998. p. 56-1.

que retarda o implante de embriões no útero, pela qual os embriões ficam num meio de cultura bioquimicamente similar ao que encontrariam no útero, numa estufa extremamente funcional que simula o organismo materno. Só no quinto dia, já na fase de blastócito, quando já estão divididos em algumas centenas de células, é que são colocados no útero.¹⁰³

A matéria mostra na página 59 da revista, quadro referente à biópsia de embriões que acaba de chegar ao Brasil, pela qual, entre outras informações, poderá ser identificado o sexo de um embrião. Segundo consta:

Como todas as técnicas ligadas ao mundo da fertilidade assistida, a biópsia embrionária também é conhecida por uma sigla – FISH (que vem do inglês para Hibridização Fluorescente In Situ). Através da FISH, a equipe do Dr. Roger Abdelmassih poderá analisar embriões obtidos em laboratório, antes do implante, quando houver suspeita de alterações genéticas por antecedentes familiares. Quanto ao sexo do bebê, a sexagem pura e simples não é permitida pelas normas éticas do Conselho Federal de Medicina. Mas o Dr. Roger lembra que existem diversas doenças relacionadas ao sexo – como a hemofilia, que só afeta meninos. Nessas situações, e quando a história clínica do casal assim justificar, a determinação do sexo pelo FISH seria plenamente autorizada. Na verdade, o surgimento de uma técnica de aferição de qualidade total de embriões obtidos em laboratório foi um avanço mais do que natural da reprodução assistida. Teoricamente, os embriões concebidos com métodos de alta tecnologia teriam menos risco de malformações, não só pela seleção e beneficiamento das matérias-primas que lhe dão origem – óvulos e espermatozóides – como pela própria manipulação e maturação dos embriões nas etapas que antecedem seu implante no útero. Mas não há garantia contra alterações cromossômicas. Daí a indicação da biópsia em casos que justifiquem esse check-up. O procedimento começa sob a lente do micromanipulador de gametas. Como explica a bióloga Soraya Abdelmassih, uma célula – ou blastômero – é delicadamente extraída do embrião a ser analisado. Nessa operação, os técnicos estão literalmente pisando em ovos, porque eles só têm a possibilidade de analisar duas dessas células sem arriscar a integridade do embrião. E, às vezes, a primeira célula não contém as informações suficientes para a análise. Em todo o caso, esse processo é extremamente sensível. A bióloga lava, cora e então fixa a célula embrionária numa lâmina

¹⁰³ SAÚDE, *op.cit.*, p. 56.

– onde começa a chamada hibridização, quando o DNA da célula é misturado aos das sondas (probes) específicas para cada doença (ou o sexo) que se pretenda pesquisar. Dessa hibridização vão surgir, em imagens semelhantes à que ilustra este boxe, informações ou colações específicas. O sexo é expressado por dois pontos coloridos – um azul, um vermelho se for menino. Dois pontos da mesma cor, se for menina. Se a alteração pesquisada for, por exemplo, a Síndrome de Down, em caso positivo aparecerão três marquinhos – representando a trissomia do 21, que caracteriza essa síndrome. A possibilidade de se maturar os embriões em laboratório por até cinco dias também veio trazer mais segurança ao uso do FISH, já que os técnicos podem examinar os embriões mais bem formados. Evidentemente, ainda não existem probes para cada uma das doenças cromossômicas. Mas as mais freqüentes já estão bem cobertas. É o caso da fibrose cística e a já citada hemofilia. Alterações no cromossomo 4 encontradas em homens azoospermáticos, isto é, que não produzem espermatozoides, transmitem síndromes caracterizadas por deficiência espermática – e isso também já pode ser detectado. Seria irônico que um homem que sempre lutou contra sua própria infertilidade dê origem a um bebê estéril por causa desse distúrbio genético. Mas ironia mesmo é saber que esse tipo de defeito pego em flagrante pela FISH certamente será revertido quando esse bebê estiver em idade de ser pai. A ciência da reprodução assistida, que ainda há pouco engatinhava, hoje é uma mãe.¹⁰⁴

Quando a reportagem coloca que o Conselho Federal de Medicina não permite a biópsia com a intenção de verificar o sexo do bebê, acrescentando que existem doenças relacionadas ao sexo, como a hemofilia, que só afeta meninos, caso em que seria autorizada a determinação do sexo, embora não diga diretamente, deixa implícito que seria natural a eliminação do embrião com tal problema.

Qual o juízo de valores que permite decidir que tal ou qual indivíduo (embrião), não tem direito à vida porque é portador de doenças ou deficiências congênitas? Quem pode afirmar que esse indivíduo não pode desenvolver aptidões que permitam que ele se torne feliz e realizado enquanto ser humano e possa, inclusive, ser útil para a sociedade? Existem diversos exemplos de pessoas que poderiam ser “rejeitados” pela chamada aferição de “qualidade total” e que, a despeito disso, foram notáveis. Pode-se

¹⁰⁴ SAÚDE, *op.cit.*, p. 56-1.

citar como exemplo o sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, portador de hemofilia, falecido há alguns anos, e que, conforme publicado na Revista Cláudia de Janeiro de 1998¹⁰⁵ é a personalidade mais admirada do País, segundo pesquisa realizada pela agência de publicidade Standard Ogilvy Mather em sete capitais brasileiras. A alguém ocorreria que, por ser hemofílico, esse ser humano deveria ter sido impedido de nascer?

Por outro lado a expressão “qualidade total” referindo-se a embriões humanos significa admitir a desumanização da vida humana. Ademais, o fato de um indivíduo que recorra a técnicas artificiais de fecundação por ser estéril gerar outro indivíduo estéril, antes de ser irônico, conforme coloca a reportagem acima transcrita, seria uma decorrência natural da hereditariedade.

Dessa forma, o sentido da vida humana não pode ser aferido levando-se em conta somente o aspecto “qualidade” ou ausência de sofrimentos. Não pode ser justificada a eliminação de vidas humanas baseado em critérios, tais como a utilidade social ou a existência de prazer de cada indivíduo.

Ressalte-se que, para muitas religiões, o sofrimento humano tem um sentido superior, que seria o da elevação e purificação da alma e que o papel da ciência deve ser o de buscar diminuir o sofrimento, curar as doenças e não o de identificar o doente para eliminá-lo.

2. O RESPEITO PELO CORPO HUMANO

A possibilidade de fecundação *in vitro*, com a conseqüente disponibilidade de embriões humanos em laboratórios, assim como outras novidades no campo das

¹⁰⁵ Os Brasileiros Mais Amados. Revista Cláudia, São Paulo, Editora Abril, ed. 436, Jan. 1998. p. 31.

ciências biomédicas, tais como o transplante de órgãos, enseja reflexões também sobre o respeito pelo corpo humano.

BERLINGER e GARRAFA observam que a alternativa entre as duas concepções do corpo humano – mercadoria ou valor, percorre a história, aparecendo com uma concepção absolutamente nova na segunda metade do século XX, derivada *dos progressos científicos que permitem a remoção, a modificação, a transferência e o uso, em benefício de outras pessoas (sobretudo por motivos de saúde, mas não somente por essa razão) de partes separadas do corpo humano, de gametas e embriões.*¹⁰⁶

Com efeito, o mercado envolvendo o ser humano, que no decorrer da história se referia à propriedade (escravidão) ou ao comércio do uso do corpo (prostituição), ou mesmo à venda da força de trabalho, toma outros contornos quando se considera a possibilidade da venda de partes do corpo de indivíduos vivos (sangue, medula, etc) ou mortos.

ANDORNO¹⁰⁷ leciona que, empurrados pelas biotecnologias, os homens vêm formulando a eterna pergunta sobre si mesmos e seu destino. No fundo, o que está em jogo nos novos dilemas bioéticos é a essência do homem como sujeito, que resiste a coisificação para a qual parece empurrado. O ser humano começa a ser visto, no cenário tecnológico atual, segundo as categorias tecnocientíficas, sendo assim reduzido ao *status* de *coisa*, que se pode modelar à imagem dos objetos técnicos. É, então, quando deixa de ser “sujeito” para tornar-se “objeto”.

O autor aborda que o termo reificação (de *res*, coisa) da pessoa, que foi criado pelo marxismo para criticar o sistema capitalista, reaparece hoje no campo da

¹⁰⁶ BERLINGER, Giovanni.; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: UNB, 1996, p. 15.

¹⁰⁷ ANDORNO, R. *op. cit.*, p. 52-3.

bioética com um sentido muito mais radical. Já não é empregado para censurar um sistema econômico que ameaça coisificar o trabalhador, reduzindo o seu salário. A nova coisificação é mais direta, posto que atua de modo imediato sobre o corpo do ser humano.

ANDORNO¹⁰⁸ prossegue argumentando que o direito não considera o corpo como uma “propriedade” da pessoa, posto que o corpo não é uma coisa externa sobre a qual se possa exercer um direito subjetivo como o que se exerce sobre as coisas. Mais, entre a pessoa e seu corpo não há laço jurídico algum, uma vez que ambas realidades se identificam. Conclui que a pessoa não *possui* um corpo, mas *é* um corpo.

Em consequência de tais afirmações, o autor defende que os desenvolvimentos biomédicos não obrigam o Direito a traduzir em termos jurídicos o laço que une a pessoa ao seu corpo, mas ao Direito cabe a garantia da unidade da pessoa.

SGRECCIA¹⁰⁹ apresenta importante questionamento: *A existência humana, tomada no homem concretamente existente e realizado, apresenta-se como corporeidade e espiritualidade ou como simples corporeidade? Essa é a primeira pergunta à qual deve responder o filósofo, especialmente o filósofo da biologia e da medicina.*

O autor prossegue analisando que:

A prova clássica da espiritualidade da alma e, portanto, do eu tem seu fundamento no princípio da proporcionalidade entre a causa e o efeito, isto é, entre as atividades do homem e o princípio de onde procedem. Há no homem atividades de caráter biológico e corpóreo explicáveis, como nos animais, pela vitalidade vegetativa - sensorial; mas o mesmo sujeito, o mesmo “eu” exerce também atividades de caráter imaterial, ou seja, de tal gênero que, ainda que provocadas pela sensibilidade, são exercidas num nível superior imaterial: são a percepção das idéias universais, a capacidade de reflexão e a liberdade e, portanto, o amor em sentido espiritual e altruísta. Tais atividades não se explicam senão

¹⁰⁸ ANDORNO, R. *op.cit.*, p. 54.

¹⁰⁹ SGRECCIA, E. *op. cit.*, p.114.

*por um princípio, uma fonte de energia de ordem superior, não ligada à matéria, uma fonte imaterial, por isso, espiritual.*¹¹⁰

SGRECCIA¹¹¹ cita J. MARITAIN, para o qual *a essência ou substância do homem é uma essência ou substância única, mas composta, cujos componentes são, ao mesmo tempo, o corpo e a inteligência espiritual – ou melhor, a matéria de que é feito o corpo e o princípio espiritual do qual a inteligência é uma faculdade.*

Prosseguindo, SGRECCIA¹¹² defende que o homem é um ser composto de alma espiritual e corporeidade, tendo a alma um princípio originante diferente e espiritual, cuja imortalidade deriva de sua imaterialidade e, apesar de a imortalidade da alma e sua origem lembrar o conceito de criação e a existência do Criador, essa conclusão não é apenas domínio da fé, pertencendo igualmente à razão.

Para o autor, não é possível tratar de bioética sem deixar claro o valor inerente à corporeidade humana e, por isso, a relação corpo e espírito na unidade da pessoa, sendo que *a relação corpo-pessoa deve ser aprofundada especialmente em relação aos problemas sobre o início da vida embrional e em relação também aos temas da saúde da doença e da morte.*¹¹³

Abordando diferentes concepções da corporeidade SGRECCIA aprofunda as idéias da concepção personalista, segundo a qual a alma espiritual é forma substancial do corpo, afirmando que:

A alma espiritual ativa e 'informa' com sua energia e força unificante até as faculdades – trata-se de diversas faculdades – próprias da vida vegetativa e da vida sensitiva. Esse fato tem uma grande importância ética no que diz respeito à unicidade de vida no homem: o homem continua homem mesmo quando não exerce ainda as faculdades mentais, ou quando não consegue mais exercê-las por causas acidentais". Disso decorre que: "o embrião

¹¹⁰ SGRECCIA, E. *op.cit.*, p. 115.

¹¹¹ SGRECCIA, E. *Idem.* *Ibidem.*

¹¹² SGRECCIA, E. *Idem.* p. 117.

¹¹³ SGRECCIA, E. *Idem.* p. 118.

*humano não está certamente em condições de exercer as atividades tipicamente humanas, nem o feto ou o recém-nascido são capazes de se exprimir por meio das faculdades mentais; não se pode negar, contudo, que desde o momento da fecundação está constituída a capacidade real de ativar essas atividades superiores.*¹¹⁴

Partindo dessas reflexões, reafirma-se que o embrião é um ser humano em formação, sendo portador, desde a concepção, de todas as informações necessárias para o desenvolvimento de seu corpo, incluindo os mínimos detalhes e características que esse corpo terá, bem como dos demais atributos do ser humano, como a sensibilidade, a inteligência, etc.

Com relação ao corpo humano, pode-se dizer que ele nunca é uma obra acabada, posto que o processo de formação desse corpo é contínuo. Se o embrião humano não possui um corpo completamente formado, tampouco a criança já nascida o possui. Logo, admitir a possibilidade de mercantilização do embrião ou de partes dele deve causar a mesma repugnância que causa a idéia de transformar uma criança em objeto de mercado.

A vida humana deve estar fora do comércio. Sendo o corpo humano a forma de expressão da vida humana, isso equivale a dizer que esse corpo não é uma mercadoria, uma coisa e não pode ser tratado como tal. Se aos homens é lícito construir objetos úteis ao seu conforto e bem-estar, não lhe é lícito “construir” vidas humanas ao seu bel prazer, ainda que isso seja possível, uma vez que, não importa o ato que deu origem a um ser humano, esse é sujeito e não objeto de direitos.

Dessa forma, o respeito pelo corpo humano deve decorrer do simples fato de pertencer à raça humana, independentemente do grau de evolução orgânica ou da existência ou inexistência de limitações de qualquer espécie.

¹¹⁴ SGRECCIA, E. *op. cit.*, p. 124.

Já foi dito neste trabalho que o que distingue o ser humano dos demais animais é a sua capacidade de formar juízos éticos. De onde vem essa capacidade é questão que ensejaria um trabalho específico para seu enfrentamento. Contudo, as posições de SGRECCIA, acima abordadas, são referencial que se adota para a afirmação da grandiosidade do ser humano e a defesa de sua integridade corporal em qualquer estágio de sua formação.

3. O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO

As reflexões levantadas no presente trabalho visam chegar à indagação maior que diz respeito ao estatuto jurídico do embrião humano. Afinal, o embrião é um ser humano ou apenas uma expectativa de ser humano? É ele detentor dos direitos fundamentais ou é apenas um amontoado de células, equivalentes a “coisa”? É sujeito ou objeto de direitos?

Na legislação brasileira a personalidade, ou seja, a capacidade da pessoa física ter direitos e obrigações no âmbito jurídico, somente é reconhecida a partir do nascimento com vida.

Dessa forma, o nascituro, assim considerado o indivíduo já concebido e ainda não nascido, não é sujeito de direitos, embora tenha proteção legal, estabelecida especialmente no artigo 4º do Código Civil que *põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*, e nos artigos 124 a 126 do Código Penal que definem o aborto como crime.

Alguns direitos, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à inviolabilidade corporal são considerados direitos personalíssimos, ou seja, que fazem parte do conceito da personalidade, sendo imprescritíveis, irrenunciáveis e

intransmissíveis¹¹⁵. Contudo, se somente o nascimento com vida garante a aquisição de personalidade jurídica, o embrião humano, inclusive o embrião resultante da FIV, não tem tais direitos garantidos de forma explícita.

O termo “pessoa” é usado para designar o sujeito de direitos, logo, a pessoa é detentora de personalidade jurídica. Assim sendo, é relevante para o tema em abordagem definir se o embrião humano se enquadra no conceito de “pessoa”.

Segundo JUNGES: *para entender o significado da vida humana, não se pode reduzi-la a um puro fato biológico; ela é, antes de mais nada, um evento pessoal. Trata-se da vida de um ser pessoal. Nesse sentido, a categoria de pessoa é fundamental para a bioética, porque permite compreender o significado e a abrangência da vida humana.*¹¹⁶

RUSSO¹¹⁷ leciona que o ponto central da discussão acerca do estatuto jurídico do embrião humano é precisamente o próprio embrião e a pergunta se um embrião antes de ser implantado ou de poucas semanas já é “um homem”.

Argumentando ser evidente que o indivíduo humano é, biologicamente considerado, o seu “corpo”, o autor referido afirma que o início da existência se dá quando tem início o corpo, o que ocorre no momento da fusão dos gametas oriundos dos pais.

Prossegue analisando que o *primeiro evento na formação de um novo indivíduo humano é a fusão de duas células altamente especializadas, o oócito e o espermatozóide, através do processo de fertilização.*¹¹⁸

¹¹⁵ WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral**. 6. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 108-9.

¹¹⁶ JUNGES, José Roque. **Bioética. Perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 71.

¹¹⁷ RUSSO, Giovanni. **Educar para a bioética**. Trad. Atílio Brunetta. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 177.

¹¹⁸ RUSSO, Giovanni. *Idem*, p. 178.

Verifica-se, pelo acima exposto, que o estudo do estatuto jurídico do embrião humano remete à antiga discussão quanto ao início da vida humana, já abordada no primeiro capítulo do presente trabalho, podendo afirmar-se que as teorias que consideram que o início da vida humana ocorre no exato momento da penetração do óvulo pelo espermatozóide igualmente estendem o conceito de “pessoa” ao embrião a partir desse momento.

Muitos consideram que o zigoto é um ser humano em *potencial*, dependendo de seu reconhecimento como “pessoa” de um estágio mais avançado em seu desenvolvimento, que varia segundo a teoria adotada. Segundo RUSSO, para alguns ocorre *o tempo do início do indivíduo humano no 15º dia da fecundação, quando é visível a ‘estria primitiva’ e não pode mais acontecer uma separação gemelar; ou na oitava semana, quando é evidente, mesmo em miniatura, a forma completa do organismo; ou ainda mais adiante, quando está suficientemente formado o córtex cerebral.*¹¹⁹

Para o autor acima referido, a definição do embrião humano como *ser humano em potencial* é completamente inaceitável, porquanto “potencial não é o *ser* do embrião humano, potencial é somente o seu *desenvolvimento*”, pelo que *mesmo se no embrião não se possa identificar todas aquelas características consideradas próprias de uma pessoa, é preciso no entanto ter presente que o embrião está em si mesmo determinado a tornar-se aquela determinada pessoa.*¹²⁰

O autor defende que *se a reflexão biológica e fisiológica nos levam a reconhecer o embrião como indivíduo da espécie humana, e, a partir de um ponto de vista ontológico, como pessoa humana, deve-se, por conseguinte, reconhecer que o mesmo é detentor de direitos fundamentais.* Concluindo que a vida física do embrião *deve ser*

¹¹⁹ RUSSO, G. *op. cit.*, p. 182.

¹²⁰ RUSSO, G. *Idem*, p. 186.

*protegida de tudo quanto pode lhe causar dano e/ou destruição, e deve ser tratado e cuidado como qualquer outro ser humano.*¹²¹

Para SILVA, a partir do momento em que o espermatozóide penetra o citoplasma do óvulo, formando o zigoto, tem início o ciclo vital do homem. O concebido, desde então, é um ser humano distinto e único, não se confundindo com a pessoa de seus pais genéticos.¹²²

Em outra oportunidade, o autor acima referido reafirma:

*A bem da verdade, o nascituro, no útero ou “in vitro”, é pessoa porque a vida humana tem início desde o momento da concepção e, assim sendo, como pessoa deve ele ser tratado. Se a vida é o mais importante dos direitos e se uma pessoa, não uma coisa, é o titular de direitos, ilógico é o reconhecimento da personalidade somente àquele que nasce com vida, já que a vida antecede ao nascimento. O concebido é pessoa porque titular do direito à vida e é titular do direito à vida porque é pessoa.*¹²³

SGRECCIA¹²⁴ igualmente defende o caráter humano do embrião, afirmando que, no momento da fertilização, os dois gametas dos genitores formam uma *nova entidade biológica*, o zigoto, que carrega em si um novo *projeto-programa individualizado*, uma nova vida individual. O programa de desenvolvimento do zigoto não é inerte, nem executado por órgãos fisiológicos maternos, *mas um novo projeto que se constrói a si mesmo e é o autor principal de si mesmo.*

WALD leciona que: *Os direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo-se assim dos*

¹²¹ RUSSO, G. *op. cit.*, p. 189.

¹²² SILVA, Reinaldo Pereira. Os direitos humanos do concebido: Análise biojurídica das técnicas de procriação assistida. In.: _____, **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 57.

¹²³ SILVA, R. P. Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida. In.: CARLIN, Volnei Ivo. (org.). **Ética & bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 133.

¹²⁴ SGRECCIA, E. *op. cit.*, p. 341-6.

*direitos reais que recaiam sobre coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica.*¹²⁵

Partindo dessa concepção, defende-se que o embrião humano é “pessoa” e, por conseguinte, sujeito dos direitos personalíssimos, especialmente do direito à vida e à inviolabilidade corporal. Os direitos que dependem do nascimento com vida do embrião são os direitos reais, ou seja, direitos que o indivíduo possa exercer sobre “coisas ou bens exteriores”.

Não se pode falar em “ser humano em potencial”, nem “expectativa de ser humano” quando a ciência é capaz de identificar o embrião humano desde as primeiras divisões celulares, distinguindo-o de qualquer outra espécie animal, o que comprova que não há um “processo de humanização”, mas somente um processo de desenvolvimento do ser humano, que começa pela união dos gametas e não se exaure com o termo da gestação, mas continua após o nascimento.

Igualmente, não se confunde a vida do feto com a vida dos seus progenitores, já que a fecundação enseja a formação de uma nova individualidade, portadora de suas próprias características genéticas, as quais não sofrem qualquer modificação natural no processo do seu desenvolvimento. A necessidade de alimentação, para manutenção do processo vital é uma necessidade que persiste por toda a vida do indivíduo. Note-se que a independência do embrião em relação ao corpo materno se reafirma pela própria Fecundação *in vitro*, já que, nesta, o embrião pode ser livremente implantado no útero de qualquer mulher e não somente daquela da qual veio o gameta que o originou.

¹²⁵ WALD, A. *op. cit.*, p. 108.

“Vida humana” é toda aquela que porta os padrões cromossômicos do ser humano. Cada vida humana é individualizada e única. Havendo a união de zigotos originados de um homem e uma mulher há um ser humano e, portanto uma “pessoa”, sendo-lhe inerente os direitos personalíssimos, dentre os quais ressalta-se o direito à vida, como o primeiro de todos os direitos.

4. O ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO RESULTANTE DA CONCEPÇÃO EXTRACORPÓREA

Conforme já abordado no presente trabalho, a utilização da FIV tem como prática a fecundação de um número maior de embriões dos que são, geralmente, transferidos ao útero materno para prosseguir a gestação. Os embriões excedentes são congelados para uma nova tentativa de gestação, caso não se obtenha êxito na primeira. Em face do pequeno percentual de êxito na FIV, o congelamento de embriões é bastante comum.

A revista *Época*, de agosto de 2000, publicou uma matéria que demonstra claramente a importância do tema. Com o significativo título “Dilemas éticos na fábrica da vida”, a reportagem refere-se à hesitação de casais sobre o que fazer com embriões guardados em clínicas de fertilização, afirmando que *sobras da fertilização in vitro, são aglomerados de células, frutos do desenvolvimento de óvulos fecundados. Se forem transferidos para o útero podem dar origem a uma criança.*¹²⁶

Segundo a matéria acima referida, há 78 clínicas de fertilização no Brasil e 38% dos clientes dessas clínicas têm embriões congelados. Entre os possíveis destinos a

¹²⁶ Dilemas éticos da fábrica da vida. *Revista Época*, Rio de Janeiro, Editora Globo. a. III, n. 116, 7/ago/2000. p. 56-8.

serem dados a esses embriões, refere à doação para casais inférteis, ou para utilização em estudos científicos.

Desta forma, mesmo tendo-se por pacífico o entendimento de que os embriões humanos não podem ser objeto de comércio, isso não resolve a questão dos embriões supranumerários armazenados em laboratórios e que foram fecundados com a finalidade de procriação.

A natureza dos embriões resultantes da FIV em nada difere da natureza dos embriões fecundados no útero materno. Contudo, aqueles não podem denominar-se “nascituros”, uma vez que o seu desenvolvimento e nascimento está condicionado à implantação, a qual é incerta.

A norma legal tutela os incapazes, que são objeto de proteção especial, tanto em relação à sua pessoa, como em relação aos seus bens. Essa tutela, garantida ao nascituro, estende-se ao embrião congelado? Em caso positivo, a quem compete promover a defesa dos direitos desse embrião?

Ao Estado compete não somente a regulamentação das relações entre os seus cidadãos, mas também a proteção da pessoa, que se efetiva através de normas jurídicas e de ações para garantir a eficácia prática dessas normas.

SANCHEZ¹²⁷ refere-se à existência, no atual modelo de Estados, das seguintes gerações de direitos:

- a) A primeira geração, representada pelos direitos individuais básicos, entre os quais encontram-se o direito à vida, à liberdade, à seguridade,

¹²⁷ SANCHEZ, Yolanda Gomes. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 24-5.

etc., e que correspondem aos primeiros anos de vigência do Estado liberal.

- b) A segunda geração, que surge na segunda metade do século XIX. Aos direitos anteriores se incorpora a extensão do sufrágio, algumas liberdades públicas e o progressivo reconhecimento dos grupos.
- c) A terceira geração coincide com o denominado Estado Social e, junto com os direitos das gerações anteriores, se reconhecem os direitos econômicos (salário mínimo, proteção econômica dos menores, dos anciões, etc) e os direitos de prestação, consistentes da obrigação do Estado em criar e manter as condições materiais para exercício desses direitos.
- d) A quarta geração, que tem iniciado agora o seu reconhecimento jurídico, representada pelos aspectos da defesa física e material da Terra, que são os direitos do ecossistema, os direitos de autodeterminação e informação e também um conjunto de direitos baseados na liberdade, na dignidade da pessoa, no direito à vida e à intimidade pessoal e familiar, os quais constituem um novo estatuto da vida e do patrimônio genético de cada indivíduo nas sociedades democráticas e que se referem aos novos problemas relacionados com o início e o fim da vida.

Para a autora acima referida, a principal discussão que afeta aos nascentes direitos relativos à reprodução humana, centra-se na secular polêmica sobre se o fundamento último do direito deve ser *jusnaturalista* ou *positivista*, quer dizer, sobre se existem direitos *metajurídicos* que o ordenamento deve reconhecer por ser inerente à

natureza do homem, ou se os direitos existem como tais, independentemente de sua consideração ética ou moral, somente quando incorporados ao ordenamento jurídico.

SANCHEZ¹²⁸ prossegue abordando que o *jusnaturalismo*, ao entender que há direitos preconstitucionais, que se encontram na essência mesma do homem e devem ser integrados no ordenamento jurídico, considera a legitimidade do ordenamento jurídico positivo como resultado da sua conformidade com alguns direitos humanos preexistentes, assentados na dignidade da pessoa.

A autora analisa as dificuldades em levar em consideração o direito natural, entre elas, o fato de que nem sempre é possível identificar o natural com o justo, bem como a ausência da eficácia necessária desse direito. Argumenta que, em geral as exigências morais e éticas podem ser várias, segundo a fonte filosófica ou ideológica em que se apóiem, pelo que o fundamento dos direitos devem encontrar-se no próprio ordenamento jurídico democrático. Para ela, a constitucionalização dos direitos é que permite sua proteção plena.

Dessa forma, defende-se que não basta a discussão filosófica e ética sobre o início da vida humana, mas é necessária uma regulamentação jurídica específica, que reconheça a vida humana como tal desde os primeiros instantes após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, definindo um estatuto jurídico não somente em relação ao início da vida humana, mas em relação a todas as fases dessa vida.

Assim como o fato de ser possível o aborto não o torna ético ou lícito, o fato de ser possível a fecundação *in vitro* não a torna conduta que deve ser acolhida ou adotada indiscriminadamente. O respeito à pessoa exige que se limite a manipulação das vidas

¹²⁸ SANCHES, Y. G. *op. cit.*, p.26-9.

humanas e que se abomine qualquer violação do corpo humano em todos os estágios do seu desenvolvimento.

Por inexistir diferença entre o embrião fecundado no útero humano e o embrião resultante da fusão de gametas humanos fora do útero, a ambos deve ser reconhecido o mesmo estatuto jurídico. Portanto, se é crime a prática do aborto, é crime a eliminação de embriões concebidos extracorporeamente. E, assim como, para que seja evitado o crime do aborto, a melhor solução que se apresenta é evitar a gravidez indesejada, para evitar a eliminação de embriões resultantes de FIV é necessário que se evite a existência de embriões supranumerários, limitando a fecundação ao número de embriões que efetivamente será transferido ao útero.

CONCLUSÃO

As conquistas das ciências biomédicas exigem muita reflexão quanto aos valores da vida humana. A vida humana é um valor fundamental e a definição sobre o início dessa vida é muito importante quando se considera que a prática de fecundação *in vitro* é comum no cotidiano das clínicas especializadas em reprodução humana assistida, sendo, também, comum a existência de embriões sobranes, mantidos sob congelamento e podendo ser utilizados tanto em reprodução, como em pesquisas ou para fins industriais e comerciais.

Se a vida tem início na cavidade uterina feminina, o embrião humano tem garantia na legislação penal que define o aborto como crime. Se a vida se inicia extracorporeamente, pela aproximação artificial de gametas humanos em laboratório, não há garantia nenhuma da continuidade dessa vida. Pelo contrário, o embrião resultante da FIV encontra-se totalmente sujeito ao arbítrio do cientista que propiciou o sua fecundação, o qual decide o destino que lhe será dado sem estar sujeito a qualquer controle externo.

Por outro lado, os usuários das técnicas de reprodução humana assistida devem ter acesso a informações precisas de todos os aspectos que envolvem o método utilizado, posto que o consentimento em submeter-se a tal prática deve respeitar o princípio da autodeterminação da pessoa e, para decidir livremente, é preciso conhecer.

Em que pese a legitimidade do desejo de ter filhos, o filho desejado não é um objeto, mas um sujeito. Dessa forma, as ações no sentido de atender a vontade de procriar devem estar limitadas pelo princípio da responsabilidade e do respeito pelo outro.

A regulamentação da utilização dos métodos de reprodução humana assistida é urgente. Contudo, essa regulamentação não prescinde de um amplo debate social, em que sejam consideradas todas as correntes filosóficas, religiosas e políticas e o seu posicionamento sobre o assunto, para que a lei possa expressar o sentimento nacional predominante. Os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional Brasileiro visando disciplinar o assunto, não demonstram ter tido a preocupação de buscar traduzir o sentimento nacional sobre a questão.

Em muitos países há uma ampla regulamentação dos métodos de reprodução humana assistida. Constata-se que em vários países, como na Espanha e na Inglaterra, há tendência em aceitar que existe o pré-embrião, assim considerado o produto da fecundação de gametas humanos até o décimo quarto dia da fecundação. O chamado pré-embrião pode ser mantido sob congelamento para utilização futura. Mesmo naqueles países onde há limitação no tempo de conservação do “pré-embrião” existe um excesso de embriões congelados e dúvidas quanto ao destino a ser dado aos mesmos.

Entende-se que o conceito de pré-embrião é totalmente desprovido de fundamentação. As células germinais humanas, uma vez fecundadas, possuem em si próprias todos os elementos necessários ao seu desenvolvimento. Cada etapa do desenvolvimento do embrião humano é encadeada de forma natural e ordenada, sem qualquer ruptura. Assim, tenha quantos dias tiver, desde a fecundação um embrião humano é sempre um embrião humano, não podendo ser tratado de forma diferenciada levando em consideração o estágio de desenvolvimento em que se encontre.

Toda pessoa tem valor em si mesma, independente de seu estado corpóreo. A vida humana deve ser respeitada e protegida em todas as circunstâncias. O respeito à pessoa passa pelo respeito à sua inviolabilidade corporal.

Diante das enfermidades ou deficiências orgânicas, o papel das ciências deve ser o de curar as doenças e diminuir o sofrimento e jamais o de eliminar os doentes. Dessa forma, a utilização da FIV como modo de possibilitar a seleção de embriões saudáveis ou com determinadas características de interesse dos pais ou do cientista, deve ser abominada e considerada prática de desrespeito à vida humana.

O ser humano é muito mais do que um conjunto de células materiais. Embora essas células façam parte do corpo humano, há algo mais nos homens, que não se encontra nos outros animais. Esse “algo mais” transcende a noção da materialidade, é muito mais que a própria racionalidade ou capacidade de formar juízos éticos. É a capacidade de sentir, contemplar, emocionar-se, amar, de se projetar nas coisas, nas circunstâncias e nos outros seres, valores e sentimentos que estão acima da simples vida física.

O sentido da vida humana pode ser considerado levando em conta fatores como qualidade e dignidade. Contudo, a definição do que seja “qualidade” e “dignidade” de vida é muito difícil, posto que, embora possa dizer-se que ter vida digna é ter vida com qualidade, um elemento que é importante como fator de qualidade para um indivíduo, pode não ser para outro.

O embrião humano é um ser humano em formação, mas não uma “expectativa” de ser humano, já que o desenvolvimento corporal da pessoa é um processo contínuo e ininterrupto, que se inicia com a fecundação e prossegue além do nascimento. Sendo propiciado esse desenvolvimento, resultará sempre um ser humano; logo, não é apenas uma “expectativa” que da união de gametas humanos resulte um ser humano.

Em que pese o atributo da “personalidade”, como capacidade de ter direitos e obrigações, ser conferido pela legislação pátria somente após o nascimento com vida, a

proteção ao nascituro deve ser considerada como o reconhecimento da sua condição de “pessoa” e, por conseguinte, de titular do direito à vida e à inviolabilidade corporal.

Desde a concepção o embrião é portador de todas as informações necessárias para o desenvolvimento de seu corpo e das suas características genéticas humanas. O simples fato de pertencer à raça humana é elemento suficiente para garantir o respeito à vida e à inviolabilidade corporal. O embrião resultante da união de gametas provenientes de um homem e uma mulher, obviamente, pertence à raça humana, já que seu desenvolvimento levará sempre a um único resultado: a formação de um ser humano.

O início da vida se dá quando inicia a formação do corpo. Esse momento ocorre exatamente quando o espermatozóide penetra o óvulo. A partir daí começa a desenvolver-se um novo indivíduo único, distinto dos seus pais genéticos.

Por serem seres humanos, os embriões não podem ser objeto de comércio, nem de manipulações ou intervenções de qualquer espécie, a não ser aquelas que visem favorecer seu desenvolvimento saudável.

A definição legal do início da vida e o reconhecimento do momento da concepção como tal, é fundamental para oferecer garantia da vida humana em todas as suas etapas.

Por não haver qualquer diferença entre o embrião humano concebido no útero de uma mulher e o concebido extracorporeamente, não pode haver distinção quanto ao direito à vida e à inviolabilidade de cada um.

Seja no útero materno ou em placa de cultivo de laboratório, o embrião humano é sempre “pessoa” e, como tal, portador de direitos inalienáveis que devem ser garantidos pelas normas estatais. Para isso, faz-se necessário regulamentar os

procedimentos utilizados na reprodução humana assistida, especialmente quando impliquem em fecundação *in vitro*, não somente limitando e disciplinando, mas estabelecendo mecanismos eficientes de fiscalização e controle dos Centros que apliquem tais métodos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A GRAVIDEZ do Rei. **Revista IstoÉ**, São Paulo, Editora Três, n. 1385, abr. 1996.

ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo.; DIP, Ricardo Henry Marques. (org.). **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

AÑÓN, Carlos. **Reproducción, poder y derecho**. Madrid: Editorial Trotta. 1999.

BERLINGUER, Giovanni. **Questões de vida: ética, ciência, saúde**. São Paulo: Apce/Hucitec/Cebes, 1993.

BERLINGUER, Guiovanni.; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: UNB, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRANDÃO, Dornival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo.; DIP, Ricardo Henry Marques. (Org.). **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Col. Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 24. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. (Coleção Saraiva de legislação).

CARLIN, Volnei Ivo. (org.). **Ética & bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

_____. **Deontologia jurídica. Ética e justiça**. 2. ed., Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CASABONA, Carlos María Romeo. (coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Comares, 1998.

_____. **Código de leyes sobre genética**. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Espanha: Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia. Universidad de Deusto. 1997.

CASADO, María. Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética. In.: CASABONA, Carlos María Romeo. (coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Comares, 1998.

CÓDIGO Civil e Legislação civil em vigor. Organização, seleção e notas Theotônio Negrão. Col. José Roberto Ferreira Gouvêa. 18. ed., atual. 5 de janeiro de 1999. São Paulo: Saraiva, 1999.

CÓDIGO de Processo Civil. Col. Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. (Legislação brasileira).

CÓDIGO Penal. Org. Juarez de Oliveira. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. (Legislação brasileira).

DILEMAS éticos da fábrica da vida. Revista Época, Rio de Janeiro, Editora Globo. a. III, n. 116, 7/ago/2000.

DURAND, Guy. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995.

EMBRIÕES. Consulex-Revista Jurídica, Brasília, DF, ano III, v. I, n. 31, p. 42, ago. 1999.

ENGELHARDT, H. Tristram. **Los fundamentos de la bioética**. Barcelona: Paidós, 1995.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. Lei nº 8.069, de 13/07/1990. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O Holismo e a Garantia dos Direitos Fundamentais. In: SILVA, Reinaldo Pereira. (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERNÁNDEZ, María Carcaba. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FROTA-PESSOA, Oswald. Fronteiras do Biopoder. **Revista bioética**, v. 5, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em 15/08/2000.

GAFO, Javier. Historia de una nueva disciplina: La bioética. In.: CASABONA, Carlos María Romeo. (coord.). **Derecho biomédico y bioética**. Granada: Comares, 1998.

GARRAFA, Volnei. Bioética os Limites da Manipulação. In: SILVA, Reinaldo Pereira. (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998.

GUTIERRES, Graciela N. **Messina de estrellas**. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 18. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, v. 2, parte especial, 1996.

JUNGES, José Roque. **Bioética. Perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a Necessidade e Emergência de uma Legislação. In: SILVA, Reinaldo Pereira. (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito do embrião humano: Mito ou realidade?** In.: Revista de Direito Civil. v. 78 a. 20/out./dez., 1996.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética, novo conceito a caminho do consenso**. São Paulo: Loyola, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional Comparado e a Inviolabilidade da Vida Humana. In.: PENTEADO, Jaques de Camargo.; DIP, Ricardo Henry Marques. (Org.). **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

OS BRASILEIROS Mais Amados. **Revista Cláudia**, São Paulo, Editora Abril, ed. 436, Jan. 1998.

PENTEADO, Jaques de Camargo.; DIP, Ricardo Henry Marques. (Org.). **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

PESSINI, Léo.; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola. 1997.

RUSSO, Giovanni. **Educar para a bioética**. Trad. Atílio Brunetta. Petrópolis: Vozes, 1997.

SANCHEZ, Yolanda Gomes. **El derecho a la reproduccion humana**. Madrid: Marcial Pons, 1994.

SAÚDE. Fertilidade. A Revolução dos Embriões. **Revista Manchete**, n. 2.397, 14 de março de 1998.

SAVATER, Fernando. **Ética para meu filho**. Trad. Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1.

SILVA, Reinaldo Pereira. (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998.

_____. Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida. In.: CARLIN, Volnei Ivo. (org.). **Ética & bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

_____. Os direitos humanos do concebido: Análise biojurídica das técnicas de procriação assistida. In.: SILVA, Reinaldo Pereira. **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

SINGER, Peter. **Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional**. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Ética prática**. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética**. Revis e trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Entre violentadas e violentadores**. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

VIERA, Humberto L. **Problemas da fecundação artificial**. Organização Provida Família. Disponível em <http://providafamilia/problemas_fecundacao_artificial.htm>. Acesso em:

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro. Introdução e parte geral**. 6. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

WEIL, Pierre. **A nova ética**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

ANEVOC

Anexo I – Projeto de Lei Do Senado nº 90, de 1999

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999

Dispõe sobre a Reprodução Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

- I - embriões humanos aos produtos da união *in vitro* de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;
- II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;
- III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;
- IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

- I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;
- II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;
- III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;
- IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;
- V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;
- VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Art. 3º O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

- I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;
- II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;
- III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes, danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VI - demais informações definidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no art. 12.

§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;

II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do art. 9º;

III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.

§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de diagnóstico e terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou embriões.

§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS

Art. 4º Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:

I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;

III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.

Parágrafo único. As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.

Art. 5º Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a RA;

III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;

IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.

§ 1º A licença mencionada no *caput*, obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA, será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.

§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, 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.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento.

SEÇÃO IV

DAS DOAÇÕES

Art. 6º Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

§ 5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.

§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.

Art. 7º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação *in vitro* será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Art. 10. Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões *in vitro* só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.

§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.

§ 2º As intervenções autorizadas no *caput* e no parágrafo anterior só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

SEÇÃO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 11. A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no *caput* poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.

§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

SEÇÃO VII DOS CRIMES

Art. 13. É crime:

I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas e embriões sem a autorização deste;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

V - intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.

§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 14 O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.

Art. 15 Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

Anexo II – Substitutivo Apresentado pelo Senador Roberto Requião (Relator) ao PLS 90/99, Aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em Reunião de 12/04/2000

SUBSTITUTIVO APRESENTADO PELO SENADOR ROBERTO REQUIÃO (RELATOR) AO PLS 90/99, APROVADO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA EM REUNIÃO DE 12/04/2000

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999

Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei disciplina o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;

II – gestação de substituição ao caso em que uma mulher, denominada genitora substituta, tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, observadas as limitações do art. 3º desta Lei;

III – consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam consentimento para a sua realização.

Art. 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º. Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

§ 2º Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado por instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida, no caso específico;

II – os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Procriação Medicamente Assistida disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de Procriação Medicamente Assistida nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à Procriação Medicamente Assistida;

IV – a possibilidade e a probabilidade de incidência de danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para os nascituros;

V – as implicações jurídicas da utilização da Procriação Medicamente Assistida;

VI – todas as informações concernentes à capacitação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VII – demais informações estabelecidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será exigido do doador e de seu cônjuge, ou da pessoa com quem viva em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

Art. 5º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, e o documento originado deverá explicitar:

I – a técnica e os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 14 desta Lei;

II – as circunstâncias em que doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS QUE REALIZAM A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Art. 6º Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para a realização da técnica de Procriação Medicamente Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a Procriação Medicamente Assistida, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego das técnicas em cada situação;

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Procriação Medicamente Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Seção II desta Lei;

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 7º Para obter a licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico;

II – dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a Procriação Medicamente Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Procriação Medicamente Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na Procriação Medicamente Assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material;

V – informar o órgão competente, a cada ano, sobre suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo, obrigatória para todos os estabelecimentos que pratiquem a Procriação Medicamente Assistida, será válida por no máximo três anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º Exigir-se-á do profissional mencionado no inciso I deste artigo e dos demais médicos que atuam no estabelecimento prova de capacitação para o emprego de Procriação Medicamente Assistida.

§ 3º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter, por meio de prontuários, elaborados inclusive para a criança, e de formulários específicos, a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 17 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.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e amostra de material celular.

§ 5º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 6º No caso de encerramento das atividades, os estabelecimentos de que trata esta Seção deverão transferir os registros mencionados nos incisos III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.

SEÇÃO IV

DAS DOAÇÕES

Art. 8º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – para quais estabelecimentos já realizou doação;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador.

§ 3º A regulamentação desta Lei poderá estabelecer idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

Art. 10. Excepciona-se o sigilo estabelecido no artigo anterior nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida a fornecer as informações solicitadas.

§ 1º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 2º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 11. A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 12 Haverá um registro central de doações e gestações, organizado pelo Poder Público com base nas informações periodicamente fornecidas pelos estabelecimentos que praticam Procriação Medicamente Assistida, o qual será obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um único par de beneficiários.

Art. 13. Não poderão ser doadores, *exceto na qualidade de beneficiários*, os dirigentes, funcionários e membros, ou seus parentes até o quarto grau, de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida e os civilmente incapazes.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 14. Na execução de técnica de Procriação Medicamente Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

Art. 15. Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;

II – sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

Art. 16. Serão definidos em regulamento os tempos máximos de:

I – preservação de gametas depositados apenas para armazenamento;

II – desenvolvimento de embriões *in vitro*.

Art. 17. A pré-seleção sexual só poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamente Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.

SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO

Art. 18. Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Parágrafo único. É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do art. 6º, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.

Art. 19. O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 20. As conseqüências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados *in vitro* ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Art. 21. A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos.

Art. 22. O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

SEÇÃO VII DOS CRIMES

Art. 23. Praticar a redução embrionária:

Pena – reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Não se pune a redução embrionária feita por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Art. 24. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem estar previamente capacitado para a atividade:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 25. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 26. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 27. Fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas sem a autorização deste:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 28. Deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, deixar de fornecê-las nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 29. Utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que o depositante tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 30. Implantar mais de três embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Art. 31. Realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 32. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Art. 33. Produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 34. Armazenar, destruir, ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos nesta Lei:

Pena – reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 35. Deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – detenção de dois a seis anos, e multa.

Art. 36. Utilizar gameta:

I – doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida ou seus parentes até o quarto grau, e pelo civilmente incapaz;

II – de que tem ciência ser de um mesmo doador para mais de um par de beneficiários;

III – a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas:

Pena – reclusão de três a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I – o médico que usar o seu próprio gameta para realizar a Procriação Medicamente Assistida, exceto na qualidade de beneficiário;

II – o doador que omitir dados ou fornecer informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

Art. 37. Realizar a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou o companheiro.

Art. 38. A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de procriação medicamente assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

Art. 39. O estabelecimento e os profissionais médicos que nele atuam são, entre si, civil e penalmente responsáveis pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. O Poder Público regulamentará esta Lei, inclusive quanto às normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de Procriação Medicamente Assistida, competindo-lhe também conceder a licença aos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida e fiscalizar suas atuações.

Art. 41. Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente Lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei.

§ 1º Presume-se autorizada a utilização, para reprodução, de embriões originados *in vitro* existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data da publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.

§ 2º Incorre na pena prevista no crime tipificado no art. 34 aquele que descartar embrião congelado anteriormente à entrada em vigor desta Lei.

Art. 42. A União poderá celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios para exercer, em conjunto ou isoladamente, a fiscalização dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida.

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor no prazo de um ano a contar da data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Presidente

Relator