

Andressa Corrêa da Silva

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA: DA REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL AO
RISCO DA MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2007.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo pelo auxílio e orientação deste trabalho, sempre observando com olhar atento as dúvidas suscitadas, fazendo sugestões que enriqueceram o estudo.

Agradeço aos demais professores do Mestrado, aos meus colegas e amigos que fiz neste período.

E o meu muito obrigada a minha família, pelo apoio, pela confiança, pela paciência e pelo amor que sempre me deram.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS NA REPRODUÇÃO HUMANA E O IMINENTE RISCO DA MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO.....	11
1.1 O desejo de ser mãe: o papel do filho.....	11
1.1.1 A maternidade nos séculos XVII e XVIII.....	12
1.1.2 O mito da maternidade.....	13
1.1.3 Psicanálise e sua contribuição.....	18
1.1.4 Evolução feminina e os avanços técnico-científicos auxiliares das mulheres.....	22
1.2 As técnicas de reprodução assistida: auxílio na realização do projeto parental.....	25
1.2.1 Conceituação de reprodução medicamente assistida.....	25
1.2.2 Infertilidade: causas e conseqüências.....	27
1.2.3 Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida.....	31
1.2.3.1 Inseminação Artificial.....	31
1.2.3.2 Transferência intratubária de gametas – GIFT.....	33
1.2.3.3 Fertilização <i>in vitro</i>	34
1.2.3.4 Transferência intratubária de zigotos.....	38
1.2.3.5 Micromanipulação.....	39
1.3 Incertezas geradas pelo emprego dos procedimentos de procriação assistida e o risco da mercantilização do ser humano.....	41
1.3.1 Questionamentos advindos com as técnicas de reprodução assistida.....	41
1.3.2 O risco da mercantilização do ser humano.....	48
2 A INDIVIDUALIDADE DO SER HUMANO E O PROBLEMA DOS EMBRIÕES PRODUTOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	53
2.1 A proteção jurídica conferida à pessoa no ordenamento jurídico atual.....	54
2.1.1 Os princípios constitucionais.....	54

2.1.2	Na legislação infraconstitucional.....	55
2.1.3	Proteção especial e o melhor interesse da criança.....	61
2.2	Quando inicia a individualização do ser humano.....	65
2.3	Os embriões excedentários criopreservados.....	78
2.3.1	Técnicas de criopreservação.....	80
2.3.2	Problemas surgidos diante da criação dos embriões excedentário.....	82
2.3.2.1	Diagnóstico genético pré-implantação.....	83
2.3.2.2	Escolha de características da futura prole.....	85
2.3.2.3	Tempo de criopreservação e a destinação dos embriões excedentes.....	88
3	REFLEXÕES BIOÉTICA E JURÍDICAS: CONTRIBUIÇÕES PARA A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	98
3.1	A contribuição dos princípios bioéticos.....	98
3.1.1	Bioética e seu significado.....	98
3.1.2	Os princípios bioéticos e sua contribuição para a reprodução assistida.....	102
3.2	Princípio da dignidade da pessoa humana: importância na proteção integral do ser humano.....	109
3.2.1	Bioética e Direito.....	109
3.2.2	Bioética, Constituição e princípio da dignidade da pessoa humana.....	112
3.2.2.1	Bioética e Constituição.....	114
3.2.2.2	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	116
3.3	É possível regulamentar as técnicas de reprodução assistida?.....	119
3.3.1	Reprodução Assistida no Brasil.....	125
3.3.1.1	Proteção jurídica do embrião <i>in vitro</i>	131
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
	REFERÊNCIAS.....	145
	GLOSSÁRIO.....	152

RESUMO

A Bioética surgiu na segunda metade do século XX, devido à problemática instaurada em torno dos avanços da tecnologia biomédica e sua utilização na prática da Medicina. Esses progressos tecnocientíficos proporcionaram ao homem interferir e manipular processos até então considerados naturais, como é o caso da reprodução humana. As técnicas de reprodução medicamente assistida – objeto central da presente pesquisa – foram desenvolvidas com o objetivo de solucionar o problema de infertilidade de muitos casais, proporcionando a gestação de filhos biológicos. Não obstante, para a obtenção de sucesso por parte das referidas técnicas se mostrou necessário a produção de embriões *in vitro* em número maior do que poderiam ser utilizados. Assim esses embriões passaram a ter dois destinos, a implantação no corpo da mulher e a conseqüente transformação em bebês, ou a criopreservação e a possibilidade de serem usados como instrumento de pesquisa. Por esses motivos, reacenderam as discussões acerca do início da vida humana, a partir de qual instante esta merece a tutela jurídica e sobre o risco de uma mercantilização do próprio ser humano. Diante desse complexo contexto, deve o Direito discutir acerca da necessidade de uma normatização sobre a utilização da reprodução assistida, tomando por base os princípios bioéticos e o respeito ao princípio da dignidade humana previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: reprodução assistida – mercantilização do ser humano – dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Bioethics appeared in the second half of the XXth century, due to problems established around the progresses of the biomedical technology and its use in Medicine. These technoscientific progresses provided man the interference and the manipulation of processes so far considered natural, as it is the case of human reproduction. As the main object of the present work, the techniques of reproduction assisted by Medicine were developed with the purpose of solving many couples' infertility problem, providing the biological children's gestation. Despite this, for the obtention of success by such techniques, it was needed the production of *in vitro* embryos in an amount larger than what could be really necessary. This way, these embryos gained two different destinies: the implantation in the woman's body and the consequent transformation into babies, or the cryopreservation and the possibility of being used as research instruments. For these reasons, discussions concerning the beginning of human life, from which moment it deserves juridical protection on the risk of a buying and selling process involving human beings were some of the relighted questions. Considered this complex context, Law should discuss the need of a standardization regarding the use of the assisted reproduction, taking into account bioethical principles and the respect to the principles of the human dignity foreseen in the 1988 Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

A reprodução assistida surgiu com o intuito de realizar os sonhos e os desejos de milhares de casais que sofrem com o problema da infertilidade, bem como evitar a ocorrência de doenças hereditariamente transmissíveis, capazes de inviabilizar a vida humana.

Se, de um lado, o desenvolvimento de tais técnicas trouxe inúmeros benefícios aos casais considerados inférteis, tornando possível o nascimento do filho desejado, de outro lado, fez emergir inúmeras outras preocupações e incertezas para toda a sociedade. Esses progressos colocaram em discussão assuntos relativos ao início e ao valor da vida humana, bem como acerca do poder do homem através da ciência de intervir na mesma, sendo que tais questionamentos precisam ser debatidos de forma ética e ampla pela sociedade e limitados pelo Direito.

A reprodução humana passa a ser *assistida*. A procriação passa a sofrer a intervenção de uma equipe médica, sendo assim, o nascimento de uma criança, o que ocorria de forma aleatória, isto é, conforme a vontade divina, começa a ser rigorosamente planejado pela medicina. Dessa forma, colocam-se em questionamento inúmeros conceitos e situações que antes gozavam de certo grau de certeza por parte da sociedade.

A reprodução assistida trata-se de uma temática de extrema relevância, atual e controversa, com implicações imediatas tanto para o Direito como para toda a sociedade, já que traz à reflexão novamente questões éticas sobre a vida humana, seja sobre seu início, seu conceito ou a sua necessária proteção.

O objeto deste estudo se coaduna com a linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do Curso de Mestrado em Direito, tendo em

vista que, para regulamentar a procriação assistida, é mister buscar fundamentos junto à Constituição Federal de 1988, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais. Isso porque também se estará tutelando sobre a pessoa e a família, referenciais relevantes para o texto constitucional.

Esta pesquisa apresenta-se relevante para a sociedade, posto que constituirá mais um meio para discussão e reflexão acerca de assuntos que afetam toda a estrutura social em que estamos inseridos. É, para tanto, preciso um amplo debate e a religação dos saberes de diversas ciências para a obtenção de, pelo menos, direções, a fim de que a regulamentação dos procedimentos de procriação assistida ocorra conforme a ética e o texto constitucional, evitando-se a possibilidade de uma mercantilização do ser humano.

Com relação à ciência jurídica, da mesma forma, o presente estudo é importante, já que inexistente legislação específica sobre o assunto e o Poder Judiciário já vem enfrentando questionamentos ligados à aplicação da reprodução assistida. Ademais, a bibliografia encontrada na área jurídica, além de não ser muito extensa, é ainda controversa, sendo que a maioria das publicações sobre a medicalização da reprodução humana está direcionada às áreas da Medicina, Biologia e Bioética.

A metodologia adotada foi o método indutivo, amparado na teoria sistêmica. O indutivo foi utilizado porque se parte da observação de problemas surgidos ou potencializados pela aplicação das técnicas de reprodução assistida, para, posteriormente, proceder-se à generalização e, dessa forma, propor uma maneira de regulamentar tais procedimentos, atendendo ao projeto parental e aos avanços científicos, mas, ao mesmo tempo, protegendo integralmente o ser humano.

A teoria sistêmica se torna importante, posto que as questões trazidas à discussão pela medicalização da reprodução precisam ser pensadas por diversas áreas do conhecimento, incluindo o Direito, bem como por toda a sociedade. Desse modo, é imprescindível que ocorra a comunicação entre as áreas do Direito, da Biologia, da Medicina, da Bioética, da Psicologia e da Filosofia, para poder chegar-se a essa regulamentação.

Além disso, utilizam-se dados bibliográficos e de mídia, tais como livros e artigos de revistas especializadas, notícias de jornais e outros meios de informação digitalizados e virtualizados, nacionais e internacionais.

Para uma melhor compreensão do assunto, dividiu-se em três capítulos este trabalho. Na primeira parte, aborda-se o desejo da mulher de ter filhos e o sofrimento daquelas que convivem com o problema da infertilidade. Também são apresentadas as técnicas de procriação assistida, que vieram a auxiliar a realização do projeto parental, bem como a invasão das técnicas, tanto físico quanto psicologicamente para o casal que se submete a esse tratamento. Há ainda uma preocupação muito grande com a gigantesca indústria de centros de reprodução humana que se formou e o perigo da coisificação do ser humano, tanto dos embriões quanto do casal, que procura a clínica no momento em que se encontra mais fragilizado emocionalmente, em decorrência dos sentimentos de fracasso, causados pela descoberta da infertilidade.

No segundo capítulo, tratar-se-á da problemática do embrião excedentário, do questionamento acerca das diversas teorias sobre o início da vida humana, do problema do congelamento de embriões e das possíveis formas de intervenção e manipulação a que ficam submetidos até que se decida pela sua implantação no organismo feminino.

No último capítulo, discute-se a forma de compatibilizar interesses conexos como o de formar uma família, e, ao mesmo tempo, que podem se contrapor em determinadas situações, quando o embrião é utilizado como objeto para o desejo de seus genitores de obterem o seu filho biológico. Para tanto, é preciso refletir sobre a necessidade e a importância de uma futura legislação brasileira normatizando essas técnicas de reprodução assistida, tendo como contribuição os princípios bioéticos e como base constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta pesquisa tem o intuito de proporcionar elementos e discussões que colaborem no desenvolvimento deste debate, envolvendo a sociedade em geral e proporcionando também para a adoção de condutas racionais e capazes de ser

aceitas pelos diferentes setores diretamente implicados, assim como para a maioria dos indivíduos. Não há aqui o objetivo de fornecer respostas para essas complexas questões sobre a reprodução assistida, mas que possa servir como um estímulo para a reflexão.

1 AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS NA REPRODUÇÃO HUMANA E O IMINENTE RISCO DA MERCANTILIZAÇÃO DO SER HUMANO

Os avanços biotecnológicos alcançados no campo da reprodução humana são cada vez mais inacreditáveis, pois vão desde o aperfeiçoamento de medicamentos, ora para evitar a gravidez, ora para auxiliar as mulheres que possuem alguma dificuldade para engravidar; os exames mais modernos que contribuem para diagnósticos mais rápidos e precisos; e, principalmente, o surgimento das técnicas de reprodução assistida que possibilitam que casais inférteis consigam gerar seus próprios filhos.

No entanto, essas técnicas também tornaram possível que o ato de procriar, antes atribuído a uma vontade da natureza ou divina, possa ser rigorosamente planejado por uma equipe médica de acordo com a vontade do casal. Além disso, transformou-se em uma área da saúde extremamente lucrativa onde o ser humano tem *status* de principal objeto.

Para trazer à discussão com maior propriedade, importa neste primeiro momento tratar sobre o papel da maternidade para a mulher e o significado que o filho pode ter para ela, bem como conhecer como são as técnicas de reprodução assistida e a que mercado estar-se-ia referindo.

1.1 O desejo de ser mãe: o papel do filho

Os conceitos de maternidade, de ser mãe, de ser pai e de ser filho não se restringiram a um único significado, ao contrário, esses conceitos variaram e continuam modificando-se segundo a época e a sociedade em que se está inserido.

Com isso, faz-se interessante entender o que representava a maternidade nos séculos XVII e XVIII e a sua evolução até os dias atuais para uma melhor compreensão do que é ser mãe e o papel que o filho desempenha na vida familiar.

1.1.1 A maternidade nos séculos XVII e XVIII

A maternidade, como conceituada hoje, foi proposta em 1762. No século XVII e no século XVIII, as crianças viviam, no máximo, em média, cinco ou seis anos sob o teto paterno, sendo que isso não significava o mesmo que sob os cuidados dos pais. Os filhos das classes burguesas e aristocratas sofriam freqüentemente uma falta de cuidados, um abandono moral e afetivo. As mães eram totalmente indiferentes aos filhos e dificilmente ficavam abaladas com o falecimento de algum deles.

Constantemente, o destino dessas crianças já estava traçado em três fases distintas. A primeira fase era a colocação na casa de uma ama; a segunda, o retorno ao lar; e, a última, a partida para o convento ou o internato. Logo após o parto, o bebê era entregue à ama-de-leite, geralmente mulheres muito pobres, doentes e mal nutridas. Essas amas percebiam valores baixos para cuidar dessas crianças, então elas eram alimentadas quando convinha à ama, sem horário, bem como sem um mínimo de higiene¹⁹².

Pelo prazo médio de quatro anos, as crianças ficavam sob a guarda das amas. Transcorrido esse período, as crianças retornavam à casa de seus pais e eram entregues imediatamente aos cuidados de uma governanta¹⁹³ se fossem meninas, e a um preceptor¹⁹⁴, se meninos. O relacionamento entre mãe e filha era distante,

¹⁹² BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 119-125.

¹⁹³ A governanta procurava tornar a menina uma pessoa, lisonjeando-a e mimando-a, ensinava-lhe a ler e escrever. A menina ficava sob seus cuidados até aproximadamente os sete anos. Ibidem, p. 128.

¹⁹⁴ O preceptor substituíva a governanta. Ensinava o menino a ler e escrever, bem como algumas palavras em latim, um pouco de história e geografia. Ibidem, p.130. Em outras palavras, os meninos tinham um ensino um pouco diferenciado das meninas, lhes eram repassados mais conhecimento e informação sobre o mundo exterior.

podendo ser denominado como uma “visita filial de conveniência” ¹⁹⁵, iniciada e encerrada por um beijo.

Para aperfeiçoar a educação, as crianças, em torno dos oito anos de idade, eram colocadas em colégios com internatos para os meninos e os conventos para as meninas. Às meninas, depois que entravam para o convento, só lhe restavam duas alternativas, ou seja, o casamento ou a vida como freiras¹⁹⁶.

Nessa época, não havia como falar em amor materno nas classes abastadas. Os pais, no máximo, cumpriam seu dever conforme os valores dominantes da sociedade.

No século XVIII, o envio de crianças para a casa de amas de leite se estendeu a todas as camadas urbanas. Da classe mais pobre à mais rica, seja nas pequenas ou grandes cidades, a entrega dos filhos aos cuidados de uma ama foi um fenômeno generalizado. É claro que, diferentemente do ocorrido nas classes ricas, conforme explicitado acima, as mulheres mais humildes, que precisavam trabalhar em fábricas para auxiliar no sustento da família, colocavam os filhos em casa de amas durante o dia, mas iam buscá-los à noite¹⁹⁷.

Outro fato que merece ser ressaltado é o alto índice de mortalidade infantil durante esse período, situação que fez com que o Estado passasse a se preocupar com as crianças e a inculcar mudanças nos valores e comportamentos da sociedade.

1.1.2 O mito da maternidade

A maternidade, como conhecida atualmente – a família fundada no amor materno –, foi formulada por Jean-Jacques Rousseau e lançada na obra *Emílio ou Da Educação*, no ano de 1762.

¹⁹⁵ Elisabeth Badinter utiliza a expressão “visita filial de conveniência”. Ibidem, p. 129.

¹⁹⁶ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 132-134.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 67-73. As camponesas mais pobres e necessitadas eram obrigadas a abandonar as próprias crianças para amamentar as da cidade. Apesar disso, o mundo camponês representa uma exceção importante, pois prefere conservar os filhos em casa a livrar-se deles.

Esse livro é um relato fictício da educação de um menino, o qual projetava uma nova visão da infância e da criança propriamente dita. As crianças eram naturalmente boas, sendo o fator mais importante, levantado por Rousseau, a recomendação para que as próprias mães amamentassem e criassem seus filhos, por isso recriminava aquelas as quais davam preferência a outros interesses. Foi Rousseau quem “criou e desenvolveu a noção de um laço vital entre a maternidade e a moralidade, que desde então se tornou a pedra angular da ideologia materna”¹⁹⁸.

Entretanto, a difusão do mito da mãe perfeita, ressaltado por Rousseau, especialmente no final do século XVIII, aconteceu também em decorrência da criança ter despertado um interesse mercantil perante o Estado. A alta taxa de mortalidade infantil preocupava o governo, haja vista que o nível demográfico da Europa foi considerado em queda por muitos filósofos e fisiocratas, ensejando um medo no desaparecimento da população européia. O ser humano tornou-se elemento central para o Estado tanto por produzir riquezas quanto por ser uma garantia de poder militar¹⁹⁹.

Esse mito da maternidade consiste na completa devoção aos filhos e ao papel de mãe. A mãe perfeita é aquela que compreende os filhos, que presta amor incondicional e se entrega totalmente, fazendo todos os sacrifícios necessários. Além disso, deve ser fértil e ter instinto maternal, sendo ela a única pessoa capaz de cuidar corretamente de seus filhos. Essa mãe incorpora todas as qualidades associadas à feminilidade, por exemplo, o acolhimento, a ternura e a intimidade²⁰⁰.

Nesse conceito abordado de mãe perfeita, interessa mais detalhadamente explicitar dois aspectos de suma importância, quais sejam, o primeiro relacionado à questão da (in)fertilidade, e o segundo concernente ao instinto maternal.

¹⁹⁸ FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 46.

¹⁹⁹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 149-154.

²⁰⁰ FORNA, op.cit., p. 11.

Desde as épocas mais remotas, a infertilidade foi considerada um fator negativo, ligada, portanto, à noção de mal, sendo a mulher infértil²⁰¹ vista como um ser maldito, a qual deveria ser afastada do convívio social. Em posição oposta, a fertilidade estava vinculada à noção de bem e apreciada com intensa benevolência. O nascimento dos filhos sempre trouxe consigo noções de fortuna, prazer, alegria, privilégio e dádiva divina²⁰².

A influência de diversas religiões, principalmente da Igreja Católica²⁰³, contribuiu para o caráter de divindade à reprodução humana. A fertilidade era uma manifestação da vontade de Deus, sendo que não era permitido ao homem contestá-la.

Até o final do século XV, a responsabilidade com relação à concepção sempre coube a mulher, a infertilidade feminina era tida como uma grave deformidade biológica, bem como uma repreensão divina, já que a mulher não era merecedora da benção de procriar. Essa infertilidade, da mesma forma, colocou a mulher em uma posição de inferioridade, sofrendo forte discriminação²⁰⁴.

No que tange à infertilidade masculina ou mesmo à do casal, essa só passou a ser admitida no século XVII. Em 1677, *Johann Ham* afirmou que a infertilidade, muitas vezes, ocorria devido a ausência ou escassez de espermatozóides²⁰⁵. Para os homens, a infertilidade é assunto difícil de ser aceito, pois, mesmo diante dos

²⁰¹ Eduardo de Oliveira Leite utiliza o termo esterilidade ao invés de infertilidade em sua obra *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, sendo que a diferença apresentada pelo autor será vista no subcapítulo 1.2 do presente trabalho. Entretanto, optou-se por utilizar a expressão infertilidade, conforme conceituada pela Organização Mundial da Saúde, a fim de manter uma uniformidade no corpo dessa pesquisa. A Organização Mundial da Saúde define a infertilidade como a ausência de concepção natural depois de pelo menos um ano de encontros sexuais periódicos sem proteção anticoncepcional.

²⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 29-30.

²⁰³ O documento mais antigo sobre a atitude da Igreja face à inseminação artificial homóloga data de 24 de março de 1897, tendo a Sagrada Congregação do Santo Ofício se manifestado contrária ao referido procedimento. Em outras ocasiões, a Igreja se posicionou a respeito da matéria sempre negando a possibilidade, entretanto as declarações mais importantes foram aquelas realizadas pelo Papa Pio XII, especialmente em 1949, 1951, 1956 e 1958. Em 1949, o Papa Pio XII afirmou ser essa fecundação imoral, devendo a prole concebida nestas condições ser considerada ilegítima. Ibidem, p. 75.

²⁰⁴ PEDROSA NETO, A. H.; FRANCO JÚNIOR, J. G.. Reprodução Assistida. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 111-124. p. 114.

²⁰⁵ LEITE, op.cit., p. 18.

conhecimentos científicos, ainda persiste no inconsciente ou, às vezes, no consciente masculino a confusão entre a virilidade e a fertilidade estarem atreladas, ou seja, em várias oportunidades, o homem, quando é diagnosticado como infértil, começa a questionar e a colocar em dúvida a sua virilidade.

No momento em que o casal decide ter filhos e esse desejo não é preenchido, inicia um processo de diversos sentimentos, como angústia, fracasso, culpa, raiva, obsessão, dentre outros, dependendo de cada casal a intensidade com que esses sentimentos são vivenciados e tratados. A infertilidade, seja feminina, seja masculina, afeta a estrutura psíquica do casal e não apenas daquele que é diagnosticado com a dificuldade para conceber o filho, sendo importante a forma como os dois lidam com a situação, a qual pode ser agravada muito por fatores emocionais.

Nesse mesmo sentido está o pensamento de Cabau e Senarclens, conforme preleciona Pedrosa Neto e Franco Júnior

[...] é grande o número de fatores subscientes que determina o desejo por um filho. O filho sempre existiu, de forma ou de outra, nas fantasias do homem e da mulher. Por isso mesmo torna-se insignificante determinar se a infertilidade é causada pela mulher, a descoberta atinge a ambos e afeta o equilíbrio do casal²⁰⁶.

De outra parte, não se pode esquecer de que tais sentimentos não permanecem restritos ao casal, mas envolvem seus familiares e a própria sociedade, que é a grande fixadora de papéis, a qual continua impondo padrões de comportamentos a serem cumpridos, tanto dentro quanto fora das relações familiares e conjugais²⁰⁷.

Seguindo esse raciocínio relativo ao desejo de ter filhos, acrescentamos o fator natural, o denominado instinto materno, referido por Leite com muita propriedade

²⁰⁶ CABAU A.; SENARCLENS M. apud PEDROSA NETO, A. H.; FRANCO JÚNIOR, J. G.. Reprodução Assistida. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 111-124. p. 114.

²⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21-22.

O desejo de filiação é inato à natureza humana. Desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar sua espécie através dos filhos. “O fantasma mais profundo da criança, qualquer que seja seu sexo (menino ou menina) é obter o poder de ter um filho, isto é, de possuir o poder do casal e, em todo caso, da mãe. Trata-se, pois, nem tanto de ter uma criança real, mas o de possuir o poder de gerá-la e, então, de se identificar à mãe na plenitude do seu absoluto”²⁰⁸.

Desse modo, primeiramente é preciso esclarecer o conceito de instinto. Para tanto, deve-se citar a definição do dicionário Michaelis: “Estímulo ou impulso natural, involuntário, pelo qual homens e animais executam certos atos sem conhecer o fim ou o porquê desses atos”. Outra definição de suma importância é a do Larousse, do século XX (edição de 1971) citado por Badinter, o qual descreve o instinto materno como “uma tendência primordial que cria em toda mulher normal um desejo de maternidade e que, uma vez satisfeito esse desejo, incita a mulher a zelar pela proteção física e moral dos filhos”²⁰⁹.

Ou seja, pelos conceitos explicitados, o desejo de poder ter filhos, de exercer a maternidade, faz parte da natureza de toda mulher, é instintual. Poder-se-ia dizer também que é natural pelo próprio corpo, organismo feminino, aquele preparado anatomicamente para a geração de outro ser.

Observando o defendido por Leite anteriormente, quanto ao instinto materno, não se pode deixar de notar que o autor insere, de certa forma, o contexto cultural, quando afirma que “desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar sua espécie através dos filhos”. Dessa maneira, relembra o autor outras afirmações feitas na mesma obra, sobre como desde criança de tenra idade se é doutrinado para a necessidade e a importância de ser mãe, pois somente respeitando esse modelo a família estaria completa. Ademais, diz Leite que não se trata de ter a criança, mas é muito mais uma necessidade de dispor do poder de ter o filho, portanto, atendendo também aos preceitos religiosos de “Crescei-vos e multiplicai-vos”.

²⁰⁸ Ibidem, p.101.

²⁰⁹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 10-11.

Diante disso, resta indagar se a maternidade seria só instinto, só a natureza exigindo-a da mulher? Ou seria apenas aspectos culturais de uma sociedade com determinados padrões pré-estabelecidos e que devem ser obedecidos? Ou, por último, seria a maternidade instinto e cultura, agindo concomitantemente dentro de determinado contexto social, conforme os padrões estabelecidos?

1.1.3 Psicanálise e sua contribuição

A mãe do século XX, além de desempenhar todas as tarefas consideradas para ser uma boa mãe – tempo integral dedicado à criança, amor incondicional, ternura, educação, saúde –, arcaria com mais uma responsabilidade, qual seja, o inconsciente²¹⁰ e os desejos do filho. Com o advento da Psicanálise, a mãe também será a pessoa responsável pela felicidade de seus filhos, assim como se torna a personagem central da família.

A descoberta do inconsciente mostra que ele era formado durante a infância. Os psicanalistas foram levados a pensar, durante muito tempo, que uma criança afetivamente infeliz seria filho ou filha de uma mãe má. Idéia rechaçada atualmente pela maioria dos psicanalistas.

Do ponto de vista da Psicanálise, para que uma mulher possa ser chamada de boa mãe, “é preferível que ela tenha experimentado, em sua infância uma evolução sexual e psicológica satisfatória, junto de uma mãe também relativamente equilibrada”²¹¹.

Cento e cinquenta anos depois da publicação da obra *Émile*, escrita por Rousseau, Freud não só tornou maior a essencialidade atribuída à mãe, como medicalizou o problema da mãe má. Segundo Badinter, os dois discursos se

²¹⁰ Inconsciente é o adjetivo utilizado por vezes para exprimir o conjunto dos conteúdos não presentes no campo efetivo da consciência. No quadro da primeira teoria do aparelho psíquico de Freud, este define o inconsciente como sendo constituído por conteúdos recalçados aos quais foi recusado o acesso ao sistema pré-consciente-consciente pela ação do recalque. LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Laplanche e Pontalis: sob a direção de Daniel Lagache; tradução Pedro Tamen. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235.

²¹¹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 295.

superpõem tão bem que a angústia e a culpa materna nunca foram tão grandes como no século XX²¹².

Sigmund Freud descreve a imagem da mulher normal e, em contrapartida, uma representação da anormal a partir da evolução sexual e psicológica. De acordo com o renomado psicanalista, a criança transforma-se em mulher a partir de dois grandes períodos, isto é, o primeiro caracterizado pela bissexualidade, em que a menina partilha com o menino; e, o segundo, relacionado com a evolução própria do seu sexo²¹³.

Resumidamente, a teoria freudiana defende que o menino possui inicialmente um grande amor pela mãe, sendo que ela continuará sendo o objeto de amor até o momento em que ele a substitui por alguém que se lhe assemelhe ou dela se derive. Esse amor sentido pela mãe logo será acompanhado de um sentimento de ciúmes e rivalidade com o pai. Dessa forma, organiza-se a relação triangular, denominada Complexo de Édipo²¹⁴.

Quando o menino descobre o órgão feminino, ocorre o medo da castração. Essa angústia da castração promove o desaparecimento do Complexo de Édipo e incita a criação do superego. O menino se aproxima do pai que representa a lei e o mundo exterior, assim encerrando uma das fases essenciais à formação do adulto masculino²¹⁵.

A evolução da menina é mais complexa. Ela conhece uma fase pré-ediapiana, experimenta como o menino os sentimentos libidinosos pela mãe. A mãe é igualmente o seu primeiro objeto. A figura paterna também é considerada por ela

²¹² Ibidem, p. 296.

²¹³ FREUD, Sigmund. *Obras Completas de Sigmund Freud*. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1927-1931), v. XXI, p. 236. No desenvolvimento feminino, ocorre um processo de transição de uma fase para a outra, não existente de forma análoga no homem.

²¹⁴ Consultar obras: Ibidem, p. 236. Idem. *Obras Completas de Sigmund Freud*. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1932-1936), v. XXII. p. 146.

²¹⁵ Ibidem, p.159.

como um rival constrangedor, embora a hostilidade que sente seja menor que a do menino²¹⁶.

No momento em que a menina descobre a castração, relativamente, dos órgãos genitais do outro sexo, e ela percebe a diferença, reconhecendo toda a sua importância, ela vivencia essa diferença como um sinal de inferioridade. As meninas costumam culpar a mãe pela falta do pênis nelas e não as perdoam por terem sofrido essa desvantagem. Ainda, conforme Freud, mesmo depois que a menina perde toda a esperança de ter um pênis, esse desejo persiste por muito tempo em seu inconsciente²¹⁷.

O amor da menina dirigia-se a uma mãe fálica e não a uma mãe castrada. Ao descobrir a castração, a menina afasta-se da mãe e aproxima-se do pai. Explica Freud que essa aproximação com o pai tem a ver com o antigo desejo de possuir o falo. Em outras palavras, como a mãe lhe recusou essa satisfação ela espera obtê-la através do pai. Mas o processo da menina para tornar-se mulher somente se conclui quando o desejo do pênis é substituído pelo desejo de ter um filho²¹⁸.

Com isso, a teoria freudiana contribuiu expressivamente com a teoria desenvolvida por Rousseau, quando confirma que o processo de passagem de menina para mulher normal somente se completa no momento em que ela substitui a busca do falo pelo desejo de ter um filho. Dessa forma, a mulher considerada normal é aquela que possui a necessidade de ser mãe, ela se completa através do filho.

Influenciado pelas idéias freudianas, o também renomado psicanalista Winnicott enfatizava a ternura e o amor em vez de regras, horários e racionamentos. Para ele não existe um bebê, mas uma unidade mãe-bebê. Winnicott foi, do mesmo

²¹⁶ FREUD, Sigmund. Obras Completas de Sigmund Freud. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1932-1936), v. XXII. p. 146-148; FREUD, Sigmund. Obras Completas de Sigmund Freud. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1927-1931), v. XXI. p. 234.

²¹⁷ FREUD, Sigmund. Obras Completas de Sigmund Freud. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1932-1936), v. XXII. p.153-154.

²¹⁸ Ibidem, p.156-158. "Com a transferência, para o pai, do desejo de um pênis-bebê, a menina inicia a situação do Complexo de Édipo".

modo, quem cunhou a expressão “mãe suficientemente boa”, sendo que, para atender a todas as exigências trazidas por esse conceito, não é nada fácil,

A mãe precisa ter uma paciência de santa, abnegação, auto-sacrifício e capacidade para encontrar satisfação nas tarefas mais prosaicas da maternidade. Tem que ficar encantada com cada fralda cheia, cada arroteio ou pum, cada vez que acorda no meio da noite. “O amor é tudo” [...] e não seria pedir muito porque, para ele, as mulheres são assim mesmo, isso é simplesmente parte da natureza feminina²¹⁹.

Todavia, apesar de todas as mudanças sofridas pela sociedade desde as teorias freudianas e da apresentação de outras diversas teorias criticando Freud, a maternidade continua sendo vendida para as futuras mães da mesma maneira. Além disso, as mães de hoje ainda arcam com uma lista de deveres crescente, cada vez mais exigente de comportamentos, atitudes e cuidados que devem despender com seus filhos.

De outro lado, deve-se ter presente a díade originária mãe/filho, a qual pode se tornar patogênica após certo período. O bebê tem necessidade biológica da mãe no início da vida, mas seu prolongamento indevido é um obstáculo ao desenvolvimento da criança. Uma vez que a mãe, sendo patogênica ou não, o pai deve interferir em determinado momento nessa relação e substituir a díade original pela relação triangular. A criança precisa interiorizar a lei paterna para poder ter um “eu” autônomo e tornar-se um sujeito independente para enfrentar o mundo exterior²²⁰.

A mãe, a partir do sexto mês de gestação, já marca as primeiras impressões sensoriais no bebê, por sua vez, o pai o ingressará no registro paterno depois de apresentado pela mãe, em torno do sexto mês após o nascimento. Essa representação paterna permite o acesso ao simbólico, à lei. A criança precisa dessa

²¹⁹ FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 82-83.

²²⁰ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 319.

figura triangular e interditadora para formar de maneira sólida a primeira regra cultural, qual seja, a dos limites²²¹.

Nesse sentido, o papel que compete ao pai e à mãe desempenharem de forma efetiva é fundamental para o desenvolvimento psíquico da criança, posto que os valores transmitidos e as contribuições subjetivas dos pais constituem o elemento essencial desse desenvolvimento²²².

1.1.4 Evolução feminina e os avanços técnico-científicos auxiliares das mulheres

Apesar de todas as conquistas do movimento feminista, de as mulheres terem transcendido o lugar exclusivamente de mães por meio do ingresso no mercado de trabalho – inclusive em profissões, até poucos anos, somente desempenhadas pelos homens e cargos de chefia confiados também só a eles –, não ocorreram mudanças substanciais relativas à idéia de maternidade. Ao contrário, as mulheres devem cumprir dois papéis, o de profissional e o de mãe.

Mesmo não se podendo generalizar os motivos da infertilidade, pois não são iguais em todas as classes sociais, relativamente às mulheres de classe média e alta, inúmeras vezes, as causas dessa infertilidade são determinadas pela idade e pelo adiamento da gravidez em função da busca da ascensão profissional aliada ou não à estabilidade de um relacionamento²²³.

²²¹ COSTA, Marli Marlene Moraes da. A família como interlocução homem e sociedade. In: ARAUJO, L. E. B. de.; LEAL, R.G (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. T. 2. p. 643-673. p. 661-663.

²²² Ibidem, p. 660.

²²³ Braga e Amazonas ressaltam que a infertilidade nas mulheres das classes populares, muitas vezes, é determinada também por razões de prevenção possível, como abortos, infecções maltratadas, a que se somam mulheres esterilizadas. Com relação às mulheres de classes média e alta, além ocorrer a infertilidade pela idade e adiamento da gravidez em função da carreira profissional, apontam também o desejo por um filho relacionado à possibilidade de escolha de características genéticas e até mesmo intelectuais da futura criança. BRAGA, M. G. R.; AMAZONAS, M. C. L. A. Família: Maternidade e procriação assistida. *Psicol. Estud.* [on-line], v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722005000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 jul. 2006. p. 17.

A esse respeito, Brauner faz duas relevantes observações, ou seja, a primeira dizendo que, devido à construção histórica do papel feminino, a mulher que opta por não ter filhos ou mesmo aquela que é infértil é vista pela sociedade como não cumpridora da função a ela atribuída. A outra constatação condiz com a percepção de que as mães de hoje convivem tanto com a culpa de não poderem assegurar a felicidade dos filhos, quanto por não estarem presentes em todos os momentos da vida deles²²⁴.

O desejo por um filho se sustenta no pressuposto social de que é natural da mulher, o que torna a demanda social legítima, devendo fazer de tudo para atendê-la. É claro que a gravidez não é a única forma de realização da feminilidade, no entanto deve-se considerar que somente a mulher pode engravidar – pelo menos até agora –, configurando a maternidade como característica absoluta distintiva dos sexos, bem como dos gêneros.

Para contribuir com as necessidades dessas mulheres – ou será para que elas desempenhem melhor o seu papel junto à sociedade – foi posto à disposição o desenvolvimento técnico-científico, em que o homem é capaz de controlar cada vez mais a si mesmo e ao próprio corpo.

No campo da reprodução, esse progresso se deu tanto com o surgimento dos métodos contraceptivos, oportunizando às mulheres a decisão do momento que desejam engravidar, quanto às técnicas de reprodução medicamente assistida, que emergiram para auxiliar os casais possuidores de problemas em alguma das etapas da reprodução, bem como para evitar a transmissão de doenças genéticas capazes de tornar a vida da futura criança impossível.

Ao mesmo tempo em que os avanços biotecnológicos proporcionaram às mulheres escolherem a etapa de suas vidas que querem ter filhos, além de realizar o sonho daquelas diagnosticadas inférteis por apresentarem problemas no aparelho

²²⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 48-49.

reprodutivo ou por causas desconhecidas, de outro lado, reforçaram antigas identidades, como a “mulher-objeto” ou a “mulher-mãe”²²⁵.

Um dos maiores problemas nesse campo científico é o perigo de a criança vir a ocupar o lugar de objeto, no sentido de coisa, posto que a condição de infértil ainda pesa emocionalmente para a mulher e permanece como fator estigmatizante em sua vida.

Segundo Braga & Amazonas, a identidade da mulher não é resolvida apenas através da gravidez, já que ela também é mulher quando não está grávida. Porém, a clínica com mulheres que sofrem com dificuldades para engravidar revela que muitas delas precisam ter o filho para se sentirem mais seguras e femininas, em vez de excluídas e vazias²²⁶.

Dito de outra forma, culturalmente, logo que uma mulher afirma desejar ter um filho, acredita-se tratar do “relógio biológico batendo”, todavia, em diversos casos, essa necessidade advém de pressões familiares e da própria sociedade, que atribui rótulos às mulheres de acordo com a capacidade de procriação.

Em outra situação, a culpa é um sentimento que perturba muitas mulheres, as quais escolheram a construção de uma carreira profissional enquanto eram férteis, tendo de conviver com a infertilidade quando resolvem que chegou o momento de engravidar.

Ao passo que a maternidade possa ser satisfeita através da adoção, muitas dessas mulheres não admitem um filho que não seja biologicamente seu, ou que não consigam proporcionar isso a seu marido ou companheiro e a si mesmas.

²²⁵ Expressões utilizadas por Braga e Amazonas. BRAGA, M. G. R.; AMAZONAS, M. C. L. A. Família: Maternidade e procriação assistida. *Psicol. Estud.* [on-line], v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722005000100003&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 jul. 2006. p. 11.

²²⁶ BRAGA, M. G. R.; AMAZONAS, M. C. L. A. Família: Maternidade e procriação assistida. *Psicol. Estud.* [on-line], v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722005000100003&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 jul. 2006. p. 16.

Para as mulheres solteiras, as quais ainda não encontraram o homem tido como ideal para constituir uma família, da mesma forma, a ciência passou a oferecer a alternativa das técnicas de reprodução assistida, por meio das quais elas podem engravidar através de um espermatozoide de doador anônimo, podendo escolher o filho com suas características e com as do homem que escolheriam para ser o pai de sua prole. O que pode ocorrer nesses casos, devendo ser levado em consideração, é a criança acabar por fazer também o papel de homem da casa.

Afora outras situações, o filho é posto como única prioridade na vida da mulher e do próprio casal. Ele acaba por se tornar, para muitos casais, quase uma obsessão, um objetivo que precisa ser alcançado, utilizando-se de todos os meios disponíveis, principalmente as técnicas de reprodução assistida.

Mas qual o conceito de reprodução humana assistida? Quais os procedimentos existentes e os mais utilizados? Que dúvidas éticas e jurídicas proporcionam tais técnicas?

No subcapítulo a seguir, responder-se-á a estas perguntas, explicitando de maneira mais detalhada, sob o enfoque médico, cada um desses procedimentos, tendo em vista que é preciso ter uma visão sistêmica do processo que envolve tais técnicas de procriação humana, para, posteriormente, indicar, ao menos, princípios a serem observados em uma futura legislação brasileira.

1.2 As técnicas de reprodução assistida: auxílio na realização do projeto parental

As técnicas de procriação assistida proporcionam a um número cada vez mais crescente de casais inférteis a chance de terem filhos com algum traço biológico seja do casal, seja de apenas um dos dois. Situação esta que antes era impossível para os casais diagnosticados como inférteis. Nesse sentido, importa discorrer sobre a forma como ocorre esse auxílio e as consequências que pode trazer para o casal e à futura criança que se submetem a esse tipo de procedimento.

1.2.1 Conceituação de reprodução medicamente assistida

A reprodução humana assistida, num conceito abrangente, consiste em um conjunto de vários procedimentos médicos que têm por escopo suprir uma limitação humana concernente à possibilidade de gerar filhos. Essa intervenção médica objetiva contornar as causas relacionadas à infertilidade tanto feminina quanto masculina.

A Resolução nº 1358/92, publicada pelo Conselho Federal de Medicina, apesar de não ter caráter vinculante perante o ordenamento jurídico brasileiro, é importante na medida em que adota normas éticas a serem seguidas pelos médicos relativas à utilização das técnicas de reprodução assistida, além de apresentar um conceito de tais procedimentos ainda que restritivamente. Conforme entendimento exposto nessa Resolução, as técnicas de procriação assistida devem auxiliar na solução de problemas de infertilidade humana quando outras opções terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade, assim como tais técnicas podem ser empregadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não ocasione risco grave de saúde para a paciente ou para o descendente.

Na data de 17 de fevereiro de 2006, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária aprovou o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos – RDC nº 33. Em tal regulamento, menciona-se que a reprodução humana assistida “inclui as técnicas utilizadas para obtenção de uma gravidez sem relação sexual”, configurando-se uma idéia bem mais ampla e insuficiente para tratar de um assunto que tem o poder de alterar diversos conceitos como o de mãe, pai, filho, envolvendo a própria estrutura de família.

No Brasil, não há legislação específica que regule o uso dos procedimentos de reprodução humana assistida, existindo apenas diversos projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional. Vigora a Lei nº 11.105/2005, também chamada de Lei de Biossegurança, a qual disciplina os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados –

OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, entretanto, traz em seu bojo o art. 5º²²⁷, disciplinando sobre os embriões excedentes criopreservados, obtidos por meio de procedimentos de fertilização *in vitro* e que estejam congelado há três anos, na data de publicação dessa Lei, podendo serem doados para fins de pesquisa e terapia. Essa previsão legal e a discussão que a cerca serão expostas, de maneira mais detalhada, no próximo capítulo.

1.2.2 Infertilidade: causas e consequências

Para a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade²²⁸ é definida como a ausência de concepção natural depois de no mínimo um ano de atos sexuais periódicos sem utilização de qualquer método contraceptivo.

²²⁷ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Este artigo está sendo questionado acerca de sua constitucionalidade pela ADI 3510, interposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, perante o STF.

²²⁸ Eduardo de Oliveira Leite diferencia esterilidade de infertilidade da seguinte forma: Esterilidade conjugal “é a incapacidade de um ou dos dois cônjuges, por causas funcionais ou orgânicas, fecundarem por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes e com vida sexual normal. Chamamos de infertilidade “a incapacidade, quer por causa orgânicas ou funcionais atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 29-30. De outro lado, Raquel Alvarenga conceitua a infertilidade como “a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas”. E a esterilidade “quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”. ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.229. No presente trabalho utilizar-se-á a expressão infertilidade para identificar o objeto das tecnologias reprodutivas, assim como adotar-se-á o conceito conforme preceituado pela Organização Mundial da Saúde. Ver também a diferença **na nota de rodapé 44** adotada por DI PIETRO, Maria Luísa. *Bioética em Fecundação artificial*. In: URBAN, Cícero de Andrade (Org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342.

A infertilidade feminina pode estar relacionada a diversas doenças, dentre elas:

- a) causas gerais (distúrbios dietéticos, anemias agudas, estados ansiosos, fobias);
- b) anomalias congênitas (ausência de útero, hipoplasia uterina, disgenesia gonadal);
- c) disfunções endócrinas (insuficiência ou disfunção hipotálamo hipofisária, distúrbios tireoidianos, hiperplasia de supra-renal, insuficiência ovariana, doença policística ovariana, hiperprolactinemias); e, d) patologias do aparelho genital (inflamações pélvicas, tuberculose, obstrução das trompas, endometriose, miomas e pólipos, cervicites, vaginites)²²⁹. A causa mais freqüente da infertilidade feminina é a de origem endócrina.

No que tange à infertilidade masculina, as principais causas podem advir de: a) problemas nos testículos (orquites, criptorquidismo, radiações, quimioterapia, toxinas – maconha, álcool, cigarro –, varicocele, trauma, causas congênitas, causas idiopáticas); b) problemas no eixo hipotálamo-hipofisário (tumor hipotalâmico, deficiência na secreção do hormônio liberador de gonadotrofinas, tumor da hipófise, hiperprolactinemia, hipotireoidismo, drogas – estrógenos, andrógenos, progestinas – trauma, inflamações); c) problemas no transporte dos espermatozóides (ereção insuficiente, anejaculação, ejaculação precoce verdadeira, hipospádias, coito em períodos não férteis, obstrução ou ausência dos vasos deferente, ejaculação retrógrada); e, d) outras causas (infecção do sêmen, anticorpos anti-espermatozóides, pseudo-hermafroditismo, espermatozóides com função prejudicada)²³⁰.

Em alguns casos, é impossível individualizar o fator alterado, denominando-se de infertilidade idiopática, sendo que esses fatores podem ser decorrentes de aspectos psicológicos, do contexto social – por exemplo, hábitos do casal – e de aspectos físicos.

Convém ressaltar que se optou, no presente estudo, mencionar as inúmeras patologias capazes de causar a infertilidade, seja do homem, seja da mulher, ou de

²²⁹ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.230. Os conceitos explicitando em que consiste cada uma dessas doenças encontram-se no glossário.

²³⁰ Ibidem, p.231. Ver conceituação das doenças no glossário.

ambos, bem como explicitar em que consiste cada uma delas através de um glossário. Isso porque, mesmo que se esteja abordando tal temática sob um viés jurídico, esse assunto exige um aprofundamento sobre as questões médicas e genéticas envolvidas, a fim de proporcionar limites mais condizentes com a realidade social e científica.

O significado de infertilidade e esterilidade já é divergente entre a maioria dos doutrinadores e da classe médica, além disso, maiores discussões existem sobre os percentuais e os fatores de riscos dessa infertilidade. Segundo Alvarenga²³¹, de dez a vinte por cento dos casais no mundo sofrem de infertilidade conjugal. Nos países ocidentais, a incidência seria de quatorze a quinze por cento para Di Pietro²³². Contudo, o ponto em comum entre a classe médica é o efetivo aumento no percentual de casos de infertilidade.

Com relação aos fatores de risco para a elevação nas taxas de infertilidade, aponta-se a mudança de hábitos de vida do casal e do próprio contexto social, haja vista que houve uma protelação da idade, em que a mulher busca a primeira gestação. Sobreveio uma mudança no paradigma social, isto é, o casal e, especialmente, a mulher, almeja a estabilidade pessoal e profissional antes de conceber o primeiro filho. Assim, com o avanço natural da idade, acontece uma progressiva diminuição da capacidade reprodutiva feminina.

O aumento de risco da infertilidade pelo retardamento da época da primeira gravidez, segundo Di Pietro, pode também depender de outras causas como, por exemplo, o aumento do risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis, o

²³¹ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.229. Importa ressaltar que Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga é Embriologista Mestra em Ciências Biológicas pela UFMG e Doutoranda pela UFMG, sendo que, devido a sua formação acadêmica e renomado conhecimento nessa área, optou-se por utilizar seu artigo como uma das referências principais para abordar este subcapítulo.

²³² DI PIETRO, Maria Luísa. Bioética em Fecundação artificial. In: URBAN, Cícero de Andrade (org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342. p. 307.

possível agravamento de uma determinada patologia no aparelho genital, o aumento do risco de efeitos colaterais do uso de contraceptivos e/ou abortivos²³³.

Prossegue Di Pietro²³⁴ afirmando que dos casais com problemas de infertilidade, se fosse realizada uma avaliação cuidadosa dos fatores dessa infertilidade e aplicada uma terapia adequada, cerca de setenta por cento conseguiria obter uma gravidez. Ou seja, nesse universo de casais que possuem algum problema de infertilidade, trinta por cento deles sofreriam de uma infertilidade definitiva, devendo sim ser proposta para estes a submissão a tais procedimentos.

De outro lado, na prática médica, adverte a mesma autora que tais técnicas são “realizadas para muitos casais nos quais não foi feito com certeza um diagnóstico de esterilidade²³⁵, a qual, ao contrário, poderia ser resolvida com terapias médico-cirúrgicas”.²³⁶

Infelizmente, tais situações são praticadas por alguns profissionais da área médica, haja vista o mercado extremamente lucrativo em que se tornaram os centros de reprodução humana. Em diversas oportunidades, não ocorre o devido esclarecimento aos pacientes quanto à taxa de insucesso na utilização desses recursos de procriação assistida, ao contrário, são ressaltadas as taxas de sucesso e o número de bebês já nascidos.

Embora se apresente, nesta pesquisa, à primeira vista, uma infinidade de problemas e riscos para os casais que sofrem para conseguir êxito numa gestação, talvez até por uma perspectiva pessimista, é mister a apresentação de tal panorama,

²³³ Ibidem, loc. cit. Há também outros fatores citados pela mesma autora que podem interferir na fertilidade do casal, como o uso de substâncias como o fumo, o álcool, a alimentação, a degradação do ambiente de vida e de trabalho.

²³⁴ Ibidem, p. 308.

²³⁵ Por tratar-se de uma citação direta, utilizou-se o termo esterilidade ao invés de infertilidade. Porém, importa referir que, para Di Pietro, a esterilidade se distingue da infertilidade da seguinte forma: “[...] por esterilidade se compreende a incapacidade por parte de um casal de conseguir uma gravidez depois de 1 ou 2 anos de relações sexuais potencialmente fecundantes, com o termo infertilidade se designa a incapacidade da parte de um casal de levar adiante uma gravidez até a época que garanta a sobrevivência do feto”. DI PIETRO, Maria Luísa. *Bioética em Fecundação artificial*. In: URBAN, Cícero de Andrade (org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342. p. 306.

²³⁶ Ibidem, p. 308.

a fim de servir como instrumento no momento de reflexão sobre a importância da aplicação de tais técnicas.

Nesse panorama, deve-se considerar a necessidade de aprimoramento e aperfeiçoamento das referidas técnicas, de modo que diminua o constrangimento e o desgaste físico e psíquico daquelas pessoas que a elas se submetem para realizar o sonho de gerar seu próprio filho.

Os procedimentos de reprodução assistida são diversos. Dessa forma, a escolha da técnica mais adequada dependerá de cada caso concreto, considerando a apresentação clínica da paciente para tal decisão²³⁷.

Todo desenvolvimento técnico-científico traz consigo aspectos positivos e aspectos negativos, os quais devem ser pensados e discutidos pela comunidade científica e pela sociedade em geral de forma clara e precisa. Com isso, faz-se necessário conhecer em que consistem os principais procedimentos da reprodução assistida para que se possa escolher, de forma consciente, aqueles procedimentos médicos compatíveis com os valores éticos eleitos pela sociedade atual e futura.

1.2.3 Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida

As técnicas de procriação assistida podem ser subdivididas em dois grandes grupos: a) Técnicas de fertilização intracorpórea ou *in vivo*; b) técnicas de fertilização extracorpórea ou *in vitro*. No primeiro grupo, encontram-se a inseminação artificial e a transferência intratubária de gametas (GIFT). No segundo, destacam-se a fertilização *in vitro* com transferência de embriões (FIVETE), a transferência intratubária de embriões (TET), a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI) e a transferência intratubária de zigotos (ZIFT).

Atualmente os procedimentos mais conhecidos e utilizados são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozóides²³⁸.

²³⁷ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.232.

²³⁸ Conforme dados do ano de 2004, a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI) é a técnica mais utilizada com percentual de 74,3%. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN

A procriação assistida, em qualquer das técnicas mencionadas no parágrafo anterior, podem ser realizadas na forma homóloga, quando os gametas são provenientes do próprio casal ou na forma heteróloga, isto é, com a doação de um dos gametas de uma doadora ou doador anônimo necessários para a fecundação.

1.2.3.1 Inseminação Artificial

A inseminação artificial permite que a concepção se dê no próprio corpo da mulher, sem o relacionamento sexual, consistindo no depósito de espermatozóides preparados em laboratório no colo do útero ou no próprio útero.²³⁹

O procedimento médico subdivide-se em três etapas, quais sejam: a) Estimulação ovariana; b) Coleta e preparo do sêmen; c) Inseminação. A estimulação ovariana objetiva uma maior produção de folículos ovarianos por ciclo, sendo que, num ciclo menstrual, normalmente, obtém-se apenas um folículo. A segunda etapa é a coleta e o preparo do sêmen, que acontece tanto por meio da masturbação, quanto pela relação sexual, utilizando um preservativo especial. Com isso, há o preparo dos espermatozóides, com o intuito de eliminar substâncias que impedem a sua capacitação e a fertilização, além de substâncias espasmódicas²⁴⁰ que

ASISTIDA. Apresenta informações sobre a instituição científica e educacional que agrupa mais de 90% dos centros que realizam técnicas de reprodução assistida na América Latina. Disponível em: <<http://www.redlara.com/>>. Acesso em: 10 set. 2007

²³⁹ Para a aplicação dessa técnica, faz-se importante a integridade morfológica e funcional das trompas de falópio. Segundo Silva, “A inseminação artificial possui três modalidades: a inseminação clássica (intravaginal, intracervical e intra-uterina), a intraperitonal direta e a intrafolicular direta; a primeira é a mais rotineira e as duas seguintes são destinadas a casos específicos. Na inseminação clássica, quando o sêmen é colocado no fundo da vagina mediante uma seringa, diz-se inseminação intravaginal; quando uma parte do sêmen é colocada em contato com a secreção cervical no interior do colo do útero e outra parte é colocada em uma espécie de tampão cervical, diz-se inseminação intracervical; e quando o sêmen, em razão de alterações do colo do útero e da secreção cervical, é colocado dentro da cavidade uterina mediante um delgado cateter que atravessa o canal cervical, diz-se inseminação intra-uterina. Na inseminação intraperitonal direta, o sêmen é injetado na cavidade abdominal, na proximidade dos ovários, para que as próprias trompas de falópio captem os espermatozóides assim como captam os óvulos. Atravessando a parede posterior da vagina com uma agulha, a inseminação intraperitonal direta impõe aos espermatozóides um caminho inverso ao natural (vagina, útero e trompas). Na inseminação intrafolicular direta, o sêmen é injetado no folículo ovariano, pouco antes da ovulação”. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 55.

²⁴⁰ De acordo com a Resolução RDC nº 33, aprovada em 17/02/2006 e emitida pela Anvisa, item “20.1 A amostra somente poderá ser liberada se: a) respeitados critérios de triagem clínica, sorológica e microbiológica, conforme itens 12.1.2, 12.1.3 e 12.1.4, quando usados para terceiros; b) os resultados dos testes de viabilidade da amostra forem compatíveis com os parâmetros mínimos

provoquem a contração na musculatura uterina. A terceira etapa consiste na inseminação que pode ocorrer com um ou mais espermatozóides por ciclo. Depois da inseminação, a mulher permanece em decúbito dorsal horizontal por trinta minutos²⁴¹.

Na inseminação artificial homóloga, existe um vínculo jurídico entre o casal, seja pelo casamento ou pela união estável, e por isso será depositado sêmen do marido ou companheiro. De outro lado, na inseminação artificial heteróloga, não há qualquer vínculo jurídico de natureza familiar entre o doador anônimo e o casal que criará a criança. A seleção do doador deve considerar o parâmetro do Rh e do grupo sangüíneo, além de observar suas características físicas, as quais devem estar de acordo com as do marido ou companheiro da paciente.

No que tange à seleção de doadores, acima referidos, não há nenhuma previsão legal vigente, exceto a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que, atendendo a princípios éticos, prevê a garantia de “que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”.²⁴²

Por mais simples que se queira fazer transparecer o procedimento de inseminação artificial pela classe médica e científica, é indiscutível a incidência de fatores psicológicos e médicos, geradores de ansiedades e dúvidas para o casal que resolve submeter-se a tal procedimento. Segundo Leite, qualquer que seja a decisão tomada pelo casal, a inseminação é um procedimento complexo. Mesmo que a forma homóloga não traga objeções de cunho ético como traz a heteróloga, deve-se fazer uma reflexão e avaliar com prudência os avanços técnico-científicos, a fim de

definidos nos itens 17.6 e 17.7; c) **para inseminação artificial, a amostra conter um mínimo de 18 milhões de espermatozóides móveis; [...]**” grifo nosso. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

²⁴¹ SILVA, op.cit., p.55-56.

²⁴² Resolução nº 1.358/92, IV, n. 6. A RDC nº 33, de 17/02/2006, da Anvisa, foi omissa quanto a essas exigências, apenas dispondo sobre critérios para aqueles que querem ser doadores de sêmen. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

chegar até uma ética que considere todas as demais dimensões do homem e permita um progresso sem desvios²⁴³.

1.2.3.2 Transferência intratubária de gametas – GIFT

A transferência de gametas possui três modalidades: a transferência intratubária de gametas (GIFT); a intrabdominal e a intra-uterina²⁴⁴. A modalidade mais comum dentre as três é a transferência intratubária de gametas (GIFT), idealizada pelo médico Ricardo Ash, como alternativa à FIVETE. O procedimento compreende a “captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e o espermatozoide do homem, colocando-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das trompas de falópio, lugar onde ocorre naturalmente a fertilização”.²⁴⁵

Essa técnica é recomendada para casos de infertilidade idiopática, sendo preciso que a mulher tenha morfológica e funcionalmente, ao menos, uma trompa de falópio na íntegra.

1.2.3.3 Fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro* (FIVETE) é popularmente conhecida por “bebê de proveta”. Essa fertilização é um dos métodos mais clássicos da reprodução medicamente assistida. Em 5 de julho de 1978, na Inglaterra, nasceu *Louise Joy Brown*, o primeiro “bebê de proveta”, sob os cuidados da equipe médica de *Edwards* e *Steptoe*. No Brasil, na data de 07 de outubro de 1984, nasceu Ana Paula, após realização da FIVETE no laboratório do Hospital Santa Catarina, em São Paulo.

²⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40-41.

²⁴⁴ A modalidade intrabdominal é pouco utilizada devido aos seus escassos resultados, sendo que os gametas femininos e masculinos são colocados no interior do abdômen da mulher, por intermédio de uma fina agulha. Na intra-uterina, de igual forma, os gametas são colocados diretamente no útero da mulher, com a ajuda de um cateter. Assim, a fertilização ocorre no útero, onde se dá a nidação. Trata-se de uma técnica pouco difundida, mas cujos resultados a tornam uma alternativa à fertilização *in vitro*. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.58-60.

²⁴⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 219-220.

Nakamura e seus colaboradores conseguiram seu primeiro sucesso na vigésima terceira tentativa do procedimento²⁴⁶.

A fertilização *in vitro* com transferência embrionária – conhecida pela nomenclatura FIVETE – permite que os espermatozóides fecundem os óvulos fora do corpo da mulher, quando não é possível a realização desse processo em seu lugar natural, ou seja, a trompa de falópio.

O procedimento é feito em laboratório, mantendo óvulos e espermatozóides em uma placa de Petri com meio de cultivo (líquido que simula o fluido tubário) e sob o controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outras²⁴⁷. Após o acompanhamento das primeiras fases das divisões do embrião, o mesmo é transferido preferencialmente para o útero, onde deverá implantar-se e dar início à gestação.

As etapas da fertilização *in vitro* compreendem, em primeiro lugar, a estimulação ovariana; em segundo, a aspiração folicular; terceiro, a fecundação; quarto, a transferência embrionária; e, quinto, o congelamento dos embriões excedentes.

A estimulação ovariana objetiva o recolhimento do maior número de óvulos de ambos os ovários para serem fecundados. Ocorrendo a fecundação de mais de um óvulo, aumenta-se a probabilidade de obterem-se mais embriões, dessa forma, com a transferência de mais de um embrião, são maiores as chances de gravidez. Essa estimulação hormonal é composta de duas etapas, isto é, a primeira funda-se em

²⁴⁶ No mesmo ano, a equipe médica do Dr. Nilson Donadio apresentou um relatório de cinquenta casos no XI Congresso Brasileiro de Reprodução Humana em São Paulo. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

²⁴⁷ A FIVETE é indicada para mulheres que tenham a função das tubas uterinas irreversivelmente prejudicadas, assim como para aquelas que sofrem de endometriose, distúrbios ovulatórios, fatores masculinos e infertilidade sem causa aparente. A RDC nº 33, de 17/02/2006, da Anvisa, conceituou de forma restrita a Fertilização *in vitro* convencional no item 4.3, letra “g”, “como técnica de reprodução humana assistida em que a fertilização do oócito pelo espermatozóide ocorre, de maneira espontânea, em laboratório”. Além disso, o item 9.4.6 prevê as exigências das condições ambientais dos laboratórios. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

bloquear as descargas da hipófise da mulher, mediante a aplicação de injeções subcutâneas diárias de agonistas e/ou antagonistas de fatores hipotatâmicos (GnRH). Bloqueada a hipófise, começa a segunda etapa, a qual compreende estimular hormonalmente os ovários da mulher com o auxílio de uma combinação de dois hormônios mais usados, que são o Folículo Estimulante (FSH) e o Luteinizante (LH)²⁴⁸.

Essa estimulação dura de dez a doze dias, sendo que, no decorrer desse período, a mulher é submetida a três ou quatro ecografias transvaginais para avaliar o desenvolvimento dos folículos, bem como são recolhidas amostras de sangue para medir o nível de estradiol (hormônio produzido pelo folículo)²⁴⁹.

No momento em que a maioria dos folículos alcança o tamanho esperado de 18 a 20mm, é injetado o hormônio hCG. Essa aspiração é feita através de punção do ovário com uma agulha introduzida na vagina e guiada ao interior dos folículos, mediante visualização ecográfica²⁵⁰. Em seguida ao recolhimento, os óvulos são classificados morfológicamente e guardados na incubadora em placas que contêm meio de cultivo.

A amostra de sêmen é obtida por meio da masturbação, podendo ser trazida de casa ou realizada no laboratório. O sêmen é processado em laboratório²⁵¹, a fim de que se extraia uma população de espermatozóides móveis, que também são concentrados em meios de cultivo, onde adquirem capacidade para fecundar.

²⁴⁸ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.234. Ver glossário.

²⁴⁹ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.234. Ver glossário.

²⁵⁰ A aspiração folicular é realizada cerca de trinta e seis horas depois da injeção de hCG. O procedimento de aspiração dura apenas trinta minutos. Trata-se de um procedimento ambulatorial, porém a anestesia será local ou geral, dependendo de cada paciente. Ibidem, p.234-235. Ver glossário o significado de hormônio hCG.

²⁵¹ A RDC nº 33, de 17/02/2006, da Anvisa, resume em que consiste o processamento do sêmen no item 4.3, letra "e", da seguinte forma: "conjunto de técnicas laboratoriais com fins de preparo prévio a criopreservação ou para seleção e separação dos espermatozóides em técnicas de reprodução humana assistida". AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

A partir do dia em que se fez a aspiração folicular, a mulher continua recebendo diariamente apoio hormonal com progesterona, sendo mantido até a confirmação da gravidez.

Na terceira etapa, para que aconteça a fecundação, cada óvulo é incubado em um mesmo meio de cultivo com cerca de cinquenta a cem mil espermatozoides previamente preparados em laboratório. A fecundação é constatada através da visualização dos pronúcleos (masculino e feminino) no microscópio, de dezesseis a vinte horas após a co-incubação dos gametas. Se os gametas são normais, a taxa de fecundação é de aproximadamente setenta por cento²⁵².

A transferência embrionária é um procedimento ambulatorial, sem necessidade de anestesia. O procedimento dura em torno de quinze minutos e baseia-se no depósito dos embriões, utilizando um estreito tubo de plástico chamado cateter no interior da cavidade uterina.

Essa implantação do embrião inicia no quinto dia após a fecundação. Quatorze dias depois de realizada a transferência, é possível identificar a ocorrência ou não da gravidez²⁵³.

A quinta e última etapa da fertilização *in vitro* é o congelamento de embriões, processo denominado de criopreservação ou crioconservação²⁵⁴. Tal processo tornou-se rotineiro nos centros de reprodução humana desde o seu desenvolvimento

²⁵² A taxa de fecundação varia de acordo com as características morfológicas dos gametas, idade da mulher, causa da infertilidade, assim como variáveis ambientais do local de cultivo. ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.235. **A taxa de fertilização é o número de oócitos fertilizados dividido pelo número de oócitos inseminados (FIV) ou injetados (ICSI), multiplicado por 100.** AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2006.

²⁵³ . ALVARENGA, op.cit., p.236.

²⁵⁴ Conforme a RDC nº 33, de 17/02/2006, da Anvisa, a criopreservação consiste “no método de congelamento para preservação de células germinativas, tecidos germinativos e pré-embriões”. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

tanto para os embriões denominados excedentários, ou seja, quando acontece a fecundação de um número maior de gametas ao que se deseja implantar no corpo da paciente, como para aqueles casos em que, diante de circunstâncias médicas, seja inadequada a transferência do embrião naquele momento.

A criopreservação de embriões será abordada de forma mais específica, no decorrer do presente trabalho, em um capítulo posterior.

Na FIVETE, da mesma forma, considerando a proveniência dos gametas masculinos e femininos, pode-se falar em fertilização homóloga e fertilização heteróloga. No que tange à fertilização heteróloga, há que se mencionar tanto a doação do óvulo e/ou do espermatozóide quanto do embrião.

Essa questão envolvendo a fertilização heteróloga levanta questionamentos éticos infinitamente mais complexos do que a própria inseminação realizada na forma homóloga, posto que coloca em dúvida o conceito também da própria maternidade, como visto anteriormente, tão essencial para a sociedade e para muitas mulheres. A certeza concernente à figura materna é questionada: mãe é aquela que doa o óvulo ou o embrião, ou é aquela que dá à luz a criança? Mãe é a que possui vínculo genético ou a que carregou o feto em seu útero durante nove meses e deu à luz?

Além disso, tratando-se de fertilização homóloga ou heteróloga, subsiste outra discussão de extrema complexidade envolvendo a possibilidade de uso da chamada mãe de substituição ou mãe de aluguel, a qual é buscada na hipótese de existir a causa de infertilidade associada à dificuldade de gestação como, por exemplo, quando ocorre má-formação uterina²⁵⁵.

1.2.3.4 Transferência intratubária de zigotos

²⁵⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 55.

Na transferência intratubária de zigotos (ZIFT), as etapas são semelhantes às executadas na FIVETE, ou seja, vários óvulos são retirados do organismo da mulher, assim como muitos espermatozóides do homem. Os dois tipos de gametas são colocados em contato, *in vitro*, em condições apropriadas para a sua fusão. Os zigotos, óvulos fecundados, são transferidos para o interior das trompas uterinas²⁵⁶.

1.2.1.5 Micromanipulação

Segundo Silva, a micromanipulação visa promover ativamente a fertilização extracorpórea, posto que consiste em injetar um ou mais espermatozóides no interior do óvulo, não se restringindo à reunião artificial dos gametas realizada nos procedimentos anteriormente expostos. Em outras palavras, ocorre uma supressão da etapa da seleção natural do espermatozóide mais apto²⁵⁷.

Essa técnica, regra geral, é recomendada em substituição à fertilização *in vitro*, devido a duas razões médicas, quais sejam: a escassez ou a baixa modalidade dos espermatozóides²⁵⁸.

As modalidades mais freqüentes de micromanipulação são a inseminação subzona e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI). Na inseminação subzona, “um número reduzido de espermatozóides (3 a 6) é injetado com uma micropipeta entre a zona pelúcida e a membrana plasmática do óvulo, dando ensejo à fertilização e suas etapas subseqüentes”²⁵⁹.

A injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) permite fecundar um óvulo com o espermatozóide obtido do sêmen, ou extraído cirurgicamente do epidídimo – canal que se encontra na saída do testículo, que transporta os

²⁵⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 221.

²⁵⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 67.

²⁵⁸ Ibidem, loc. cit.

²⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

espermatozóides para o exterior – ou diretamente do testículo²⁶⁰. É um procedimento muito mais técnico, no qual um espermatozóide é isolado e colocado diretamente no citoplasma do óvulo. As etapas são as mesmas da fertilização *in vitro*, sendo que a diferença está na inseminação dos óvulos tanto da inseminação subzona quanto da ICSI.

Outra hipótese, com conseqüências ainda desconhecidas, ocorre no momento de os óvulos coletados serem de baixa qualidade. Para tanto, já foi criada uma técnica para a sua “revitalização”, que tem por objeto transplantar mecanicamente o núcleo do óvulo da mulher sujeita à micromanipulação num óvulo doado, cujo núcleo tenha sido previamente eliminado. Um dos desdobramentos da referida “revitalização” aconteceu, em 04 de maio de 2001, quando pesquisadores do Instituto de Medicina Reprodutiva e Ciências St. Barnabas, de New Jersey, deram publicidade ao nascimento dos “primeiros bebês geneticamente modificados”²⁶¹.

Diante do exposto, verifica-se que a medicalização da reprodução humana já constitui uma realidade com um alto desenvolvimento técnico. Não há e nem se pode querer ou esperar que o aprimoramento de tais procedimentos fique estagnado. Evidentemente, o homem está, cada vez mais, sendo capaz de manipular genes, células e tecidos, contudo o poder fazer não é sinônimo do dever fazer, como exemplo, tem-se a questão da possibilidade de “revitalização”, a qual deu origem aos chamados “bebês geneticamente modificados”, como mencionado no parágrafo anterior. Não se pode dispensar o questionamento sobre a necessidade de usar tal técnica, de manipular de todas as formas a vida humana? Qual o limite desse desenvolvimento biotecnológico quanto às técnicas de reprodução humana?

²⁶⁰ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.236. Na França, segundo o decreto de 12 de janeiro de 1999, o âmbito de aplicação da micromanipulação é restrito “aos casos em que a fertilização pelas técnicas mais usuais é impossível ou tem pequena probabilidade de êxito”, ou seja, apenas em casos de infertilidade masculina. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 67.

²⁶¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 68-69.

Nesse sentido, igualmente interessa que se tenha a preocupação de que tais técnicas sejam a última alternativa em termos de tratamento para os casais diagnosticados inférteis, que a técnica escolhida seja condizente com o problema clínico e não que a opção se dê apenas por o procedimento ser o mais moderno e conseqüentemente o de maior valor. De igual modo, é preciso se ter ética e atenção quanto à seleção dos embriões a serem transferidos para o corpo da mulher, a fim de que essa seleção efetuada – sendo uma etapa considerada indispensável para alguns procedimentos como a fertilização *in vitro* – não se transforme em um instrumento para a prática da eugenia.

No Brasil, ainda não há lei que regule a utilização das técnicas de reprodução assistida. Existem diversos projetos de lei²⁶² em tramitação no Congresso Nacional. A Resolução nº. 1.358/92, baixada pelo Conselho Federal de Medicina, adota um conjunto de normas éticas para o emprego das referidas técnicas, mesmo que tal corpo de regras não possua caráter vinculante perante o sistema jurídico brasileiro, este serve como orientação ética a ser seguida pelos médicos. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – aprovou a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 33, de 17 de fevereiro de 2006 –, na qual regulamenta tecnicamente o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.

Assim, resta-nos explicitar a seguir alguns problemas gerados, focando na possibilidade da mercantilização da vida humana, pela aplicação de tais procedimentos tanto para o âmbito familiar quanto para a sociedade, de forma a contribuir, pelo menos de forma principiológica, em que deve estar pautada a futura previsão normativa.

1.3 Incertezas geradas pelo emprego dos procedimentos de procriação assistida e o risco da mercantilização do ser humano.

²⁶² Na Câmara dos Deputados encontram-se em tramitação os seguintes projetos: o primeiro projeto de lei foi apresentado pelo Deputado Mauricy Mariano (Projeto de Lei nº 809/91); O Deputado Luiz Moreira, no ano de 1993, apresentou o Projeto de Lei nº 3.638; O Deputado Confúcio Moura apresentou o Projeto nº 2.855/97; Lamartine Posella apresentou o Projeto nº 4.665/01; Roberto Pessoa o Projeto de Lei nº 120/03; o Senado Federal, o Projeto nº 1.184/03; Maninha, o Projeto de Lei nº 2.061/03; Henrique Fontana, o Projeto nº 4.555/04; José Carlos Araújo, o Projeto nº 4.686/04 e, por último, o Deputado Salvador Zimbaldi apresentou o Projeto de Lei nº 4.889/05. No Senado Federal, tem-se: Projeto de Lei nº 90, de 1999, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara.

Os questionamentos e as incertezas nas respostas advindas do emprego das técnicas de reprodução assistida são inúmeras e, de diversas ordens, ou seja, desde a médica, a psicológica até a jurídica. Ademais, a procriação assistida expõe de forma mais precisa o risco iminente de uma mercantilização e manipulação do homem pelo próprio homem desde o momento da sua concepção.

1.3.1 Questionamentos advindos com as técnicas de reprodução assistida

No contexto capitalista, o ser humano é insatisfeito consigo mesmo. Já que está sempre em contato com o mundo do saber-fazer técnico/inventivo, busca inovações e mais fontes de consumo. O ser humano é hoje um ser imbricado à tecnologia e vê razão para transformar o interesse desejável na realidade possível, inúmeras vezes sem considerar os meios empregados²⁶³.

De acordo com Pussi, as técnicas de reprodução humana assistida

[...] trazem consigo uma grande carga de problemas éticos para os quais o nosso ordenamento jurídico ainda não oferece soluções adequadas. Alguns chegam a afirmar que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana pode se traduzir na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje. Isso porque institutos e conceitos jurídicos como a paternidade, a maternidade e a personalidade serão relativizados, assim como a própria concepção de família²⁶⁴.

Os questionamentos e incertezas surgidas com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de procriação assistida são inúmeros e certamente

²⁶³ MARTINEZ, V. C.; MUCHERONI, M. L.. Estado-Ciência e Biossegurança. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACÓIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba; Juruá, 2006. p. 319-327. p. 319-320.

²⁶⁴ PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 1 ed. (ano 2005), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 279-280. Em outra parte de sua obra, o autor diz que a reprodução assistida “[...] ao mesmo tempo em que se apresenta como o meio de eliminar o sofrimento causado pela ausência de um filho, quando ardentemente desejada pelo casal, a procriação assistida também enseja a materialização da lamentável utopia de se obter uma gravidez resultado da completa desumanização das relações entre homem e mulher”. Nesse ponto, não concordamos com o autor, pois a procriação assistida tem vários problemas, mas essa é uma visão extremamente pessimista e rígida sobre o assunto. É notória a existência de inúmeros riscos, violações a direitos, no entanto, não ao ponto de uma completa desumanização das relações entre os casais. Creio que cabe justamente por meio de discussões a criação de uma legislação que imponha limites éticos ao desenvolvimento técnico-científico, vedando as hipóteses que afrontem a integralidade e a dignidade do homem, da mulher, do casal, da criança, enfim, de todo o ser humano.

impossíveis de serem analisados em sua totalidade e de maneira detalhada. Convém lembrar que não é esse o objetivo da presente pesquisa.

De qualquer forma, é preciso enumerar as preocupações recorrentes advindas da aplicação desses procedimentos e posteriormente deter-nos na preocupação quanto a sua utilização e o risco de coisificação do ser humano, em especial dos embriões. Esses riscos são de ordem médica, ética, religiosa, psicológica, sendo que a que nos interessa é a jurídica.

Dentre os questionamentos recorrentes para pensar numa legislação brasileira sobre procriação assistida, está: como garantir o direito à vida de forma saudável? Quais as pessoas que poderão submeter-se a tais técnicas, isto é, toda mulher capaz ou apenas aquelas casadas ou que vivem em união estável?²⁶⁵ Quais as situações em que as mulheres ou homens²⁶⁶ poderiam recorrer a tais procedimentos? Haverá limitação de idade para as mulheres recorrerem às técnicas de reprodução assistida? Quais são os limites de intervenção nos embriões, ou seja, pode-se escolher as características do futuro bebê? É possível utilizar o sêmen de doador *post mortem*? Qual será o destino dos embriões excedentários criopreservados? Deve haver sigilo sobre a identidade dos doadores ou a criança tem o direito de conhecer sua origem? Há possibilidade da mãe-de-substituição?

Nesse sentido, Barboza preceitua com muita propriedade algumas dificuldades que foram potencializadas com os procedimentos de reprodução assistida, da seguinte forma:

a) possibilidade de um hiato entre o momento da fecundação e o da gestação, que pode se dar por tempo indefinido; b) existência de embriões crioconservados, denominados excedentes ou excedentários, que não serão utilizados para fins de reprodução; c) possibilidade de gestação por mulher que não seja a mãe biológica, isto é, a fornecedora do gameta feminino; d) questionamento quanto ao momento a partir do qual pode-se considerar existente um embrião²⁶⁷.

²⁶⁵ Capacidade conforme conceituado o Código Civil. Quanto à união estável, quais as exigências que seriam feitas: reconhecimento judicial, tempo de duração, etc.

²⁶⁶ No caso de admitir-se a utilização de tais procedimentos por casais homossexuais.

²⁶⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270. p. 249.

Quanto aos riscos médicos, de forma resumida, mas que podem acarretar conflitos judiciais, a título exemplificativo, cita-se: a questão de as técnicas aumentarem o risco de gravidezes múltiplas e de complicações maternas e fetais; diante da possibilidade da criopreservação de conceitos e após uma transferência exitosa para o corpo da mulher, não há impedimento para que essas mulheres dêem a luz a gêmeos com idades diferentes; a ocorrência da síndrome da hiperestimulação ovariana²⁶⁸; a possibilidade de infecções devidas à contaminação dos gametas e dos embriões durante as fases de cultura ou transferência, bem como representa um risco à utilização de sêmen não selecionado cuidadosamente²⁶⁹; maior incidência de abortos espontâneos, gravidezes ectópicas; anomalias cromossômicas e malformações congênitas no embrião.

Quanto aos aspectos éticos e psicológicos, importa referir a clareza das informações que devem ser repassadas àquelas pessoas que procuram as clínicas de reprodução humana acerca do percentual de sucesso, ou melhor, a baixa eficácia das técnicas, sobre a elevada abortividade e os custos do tratamento e da manutenção dos embriões supranumerários²⁷⁰. O paciente ou o casal deve estar ciente dos eventuais riscos e de que não existem garantias de conseguir uma gestação antes de submeter-se a esse tipo de tratamento.

Nesse contexto, também deve restar esclarecido que o diagnóstico pré-implantatário não é um “certificado de garantia” de que a criança nascerá com a aparência julgada “normal” pela sociedade. Segundo Silva, esse diagnóstico não

²⁶⁸ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p. 238.; DI PIETRO, Maria Luísa. Bioética em Fecundação artificial. In: URBAN, Cícero de Andrade (org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342. p. 319.

²⁶⁹ Ibidem, loc. cit. A RDC nº33, de 17/02/2006, da Anvisa, prevê no item número 11 quando os semens podem ser liberados, nos seguintes termos referindo-se aos doadores: a) maioridade civil; b) concordar em realizar uma avaliação médico-laboratorial; c) concordar em assinar o Consentimento Livre e Esclarecido; d) se doador de sêmen, concordar em realizar os testes para doenças infecto-contagiosas, conforme item 12.1.3 durante a triagem do doador e repeti-lo num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação da amostra. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Luísa. Bioética em Fecundação artificial. In: URBAN, Cícero de Andrade (org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342. p. 308.

possui a função de cura, sendo “o embrião implantado no útero, caso seja sadio, ou ele é eliminado, caso seja defeituoso, mas ele não é curado; fica sendo o que já é”²⁷¹.

Os casais que procuram tais tratamentos já estão extremamente fragilizados emocionalmente e, mesmo que, muitas vezes, tenham recebido as informações da maneira correta, também estão carregados de esperança e ilusão de que o tratamento irá dar o resultado esperado, que eles estarão entre as pessoas que obtiveram o percentual de sucesso. O casal espera a realização desse “certificado de garantia”.

Lewicki²⁷² afirma, de outro lado, que não apenas a evolução dos procedimentos de reprodução medicamente assistida são os propulsores das possibilidades nessa área da reprodução humana, mas também a ampla aceitação da sociedade. Explica que:

Com efeito, o poder que advém do conhecimento biotecnológico acende motivações que se apresentam intrinsecamente ligadas tanto ao aumento da “oferta” dos serviços ligados à reprodução assistida (como a busca do lucro, quer por parte das empresas envolvidas, médicos, pesquisadores e mesmo intermediários) quanto da “demanda” por estes mesmos serviços (o desejo humano funcionando como um “motor” para a busca da felicidade, a busca de uma “qualidade de vida” cada vez mais enfatizada pela mídia, e que se traduziria por um respeito quase absoluto á relatividade das opções pessoais)”²⁷³.

Essa situação é facilmente constatada pela proliferação do número de centros de reprodução humana pelo mundo, na América Latina e no Brasil. De acordo com dados da *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida*, em 1995, o número de clínicas de fertilização era de 50 e, em 2004, existiam 135 centros²⁷⁴, sendo que

²⁷¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 284.

²⁷² LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-153. p. 103-104.

²⁷³ Ibidem, p.104.

²⁷⁴ A *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida*: cataloga anualmente todos os resultados das técnicas de reprodução assistida reportados pelos centros registrados. A *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida* recebe informações dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Peru, República Dominicana, Uruguai, Venezuela. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Apresenta informações sobre a instituição

deve ser ressaltado que o número desses centros cada vez aumenta mais e não há dados disponíveis acerca de quantos existem atualmente. Sabe-se que, somente no estado do Rio Grande do Sul, existem seis clínicas na capital, além disso, muitas delas contam com filiais no interior do Estado.

Nos dias atuais, por mais que se ressalte a questão da socioafetividade, ainda o caráter biológico exerce grande fascínio aos casais. Vivenciamos uma relação paradoxal: de um lado, os tribunais e doutrinadores procuram enfatizar a socioafetividade em detrimento do caráter biológico, de outro, constata-se o aumento de pessoas que buscam tratamentos de fertilização para terem um “mínimo de vestígio biológico”²⁷⁵ nos seus filhos.

Nos Estados Unidos da América, durante muitos anos, chegou a ser utilizado o método conhecido pela sigla CAI (*Confused Artificial Insemination*), em que o sêmen do marido é misturado ao de outro homem, sendo tal técnica justificada por razões psicológicas: quando o sêmen do marido é cientificamente descartado para fins de fecundação, mas na mente do marido e da esposa há a idéia de que a criança tem alguma chance de ser, biologicamente, do marido.²⁷⁶

E esse desejo pelo vínculo biológico para com os filhos faz com que casais se submetam a uma verdadeira *via crucis*. A fragilidade causada pelo diagnóstico da infertilidade os deixa mais vulneráveis para a publicidade realizada pelos centros de reprodução.

Quando se recebe qualquer tipo de publicidade, ou acessam-se sites na internet sobre clínicas de reprodução assistida ou as visita pessoalmente, nota-se um apelo muito grande através de fotografias de bebês lindos e perfeitos, mulheres grávidas e felizes. Dessa forma, torna-se extremamente difícil que o casal não se

científica e educacional que agrupa mais de 90% dos centros que realizam técnicas de reprodução assistida na América Latina. Disponível em: <<http://www.redlara.com/>>. Acesso em: 10 set. 2007.

²⁷⁵ Expressão utilizada por Lewicki. Ver: LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-153. p. 105.

²⁷⁶ Tal procedimento nos dias atuais não é mais permitido, devido a maior probabilidade de ocorrer alguma anomalia genética.

deixe influenciar por tais imagens e mensagens passadas, mesmo que nas entrelinhas.

Nesse contexto de contradições, há que se considerar ainda as conquistas do movimento feminista e da transformação do papel do homem e da mulher na sociedade, apesar de, na relação mãe/filho, pai/filho, não terem acontecido alterações substanciais. A medicalização da reprodução humana acaba por produzir o ideal materno e, nessa perspectiva, houve a revalorização da maternidade enquanto vocação do feminino²⁷⁷. Essa tecnologia trouxe consigo outro agravante que é a possibilidade de intervenção nas características genéticas, na escolha do sexo da criança, fatores os quais colocam os sonhos e desejos das futuras mães em primeiro lugar.

Forna vai além e afirma que

O negócio da reprodução hoje se estende muito além do laboratório, envolvendo patentes de técnicas e de produtos, investimentos de alto nível, especuladores e capitalistas operando no campo volátil e potencialmente lucrativo da biotecnologia, controle acionário de empresas, pagamentos de dividendos e compra e venda – tudo o que se encontra normalmente num empreendimento comercial. [...] Com a rédea solta e o mercado na mão, há mil maneiras de ganhar dinheiro no negócio da reprodução humana, desde a fabricação de medicamentos e equipamentos até a prestação de serviços de concepção propriamente dita²⁷⁸.

Nesse admirável mundo novo de maternidade e paternidade, começamos a perder de vista a criança, suas necessidades próprias, nossa responsabilidade coletiva em relação a ela e passamos a vê-la como um objeto ou uma propriedade. [...] Ao que parece, escolhemos exigir a perfeição não só das mães, mas também dos filhos²⁷⁹.

Em sua obra *As Conexões Ocultas*, Capra alerta para o interesse econômico que cerca o desenvolvimento biotecnológico, nominando as referidas clínicas e laboratórios como “empresas de ciência da vida”, as quais possuem uma visão estreita da vida, na crença de que o ser humano controla a natureza, podendo a

²⁷⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-50.

²⁷⁸ FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 155-156. Consultar também: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55-56.

²⁷⁹ FORNA, op.cit., p. 158-159.

própria essência da vida ser vendida e patenteada como se os humanos fossem máquinas. Ademais, acabam as clínicas e laboratórios tornando a vida uma suprema mercadoria²⁸⁰.

É nessa complexa situação que estão cada vez mais inseridos e ganhando proporções gigantescas os processos reprodutivos, posto que a maternidade encontra-se na relação cheia de incertezas entre natureza e cultura. Se, de um lado, auxilia casais inférteis a gerarem seus filhos, tornando possível algo que naturalmente seria impossível, de outra forma, fornece os “produtos”, ou seja, os embriões excedentes, material agora indispensável e de extrema valia para a comunidade científica desenvolver pesquisas com células-tronco embrionárias.

O desenvolvimento científico determina, de certa maneira, o desenvolvimento da nossa sociedade, que, por sua vez, determina o desenvolvimento científico. Nos séculos XX e XXI, a ciência é imensa e onipresente²⁸¹. Assim, pode-se reafirmar que valores morais, éticos e religiosos estão sendo questionados nessa época, sendo necessário que a sociedade repense sobre os valores que julga indispensáveis e reclame o respeito a estes.

1.3.2 O risco da mercantilização do ser humano

Nas discussões sobre as escolhas bioéticas, feitas entre filósofos e cientistas em congressos, revistas especializadas e meios de comunicação, o mercado é na maioria das vezes esquecido. No debate bioético, é comum considerar como sujeitos o homem e a mulher, o embrião e o feto, a natureza em geral. Ademais, a avaliação dos avanços técnico-científicos é formulada considerando-se apenas os acima nominados como sujeitos²⁸².

²⁸⁰ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p.209.

²⁸¹ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p.69.

²⁸² BERLINGUER, G.; GARRAFA, V.. *O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 17.

Todavia, o mercado, até então esquecido, exerce uma forte influência sobre a vida, a saúde, os sujeitos e a própria ciência que não é considerada no momento da formulação de princípios ético-jurídicos.

Os avanços biotecnológicos são uma realidade. A forte influência exercida pelo mercado no contexto globalizado, em diversos setores, inclusive o científico, é uma realidade. Mas também é uma realidade a necessidade de examinar possibilidades intermediárias entre os extremismos de tudo em favor da ciência ou tudo contra o progresso científico.

A mercantilização discutida nesta pesquisa pode significar, em sentido restrito, a comercialização de óvulos, espermatozóides e principalmente embriões. Ou, de outro modo, num sentido mais amplo da própria vida humana, isso porque a vida pode ser objeto de exploração que visa auferir lucro, seja através da aplicação das técnicas de reprodução assistida, seja por pesquisas científicas com embriões doados.

A partir do final do século XX, a compra e venda não diz respeito ao corpo humano como um todo, mas as partes individuais são mais valorizadas, ou seja, ocorreu uma fragmentação comercial do corpo do ser humano²⁸³.

Por certo, existe a Lei nº 9.434/97 – Lei de transplante de órgãos –, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a RDC nº 33, de 17 de fevereiro de 2006, da Anvisa, além de inúmeros projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional, que vedam expressamente a comercialização de partes do corpo humano, de óvulos, espermatozóides e embriões. Há apenas a possibilidade de dispor deles por meio de doação a título gratuito.

No entanto, sabe-se que, nos Estados Unidos da América, é possível a compra e venda de óvulos e espermatozóides, levando em consideração a escolaridade, a

²⁸³ BERLINGUER, G.; GARRAFA, V.. *O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 17.

beleza, a inteligência e demais aptidões dos doadores no momento de atribuir os valores²⁸⁴.

Nesse sentido, Berlinguer e Garrafa enfatizam que

A fecundação assistida, estaria, agora, propondo novamente a eugenia, não só para prevenir doenças genéticas, isto é, uma finalidade considerada aceitável por todos, mas pela possibilidade de oferecer no mercado esperma de tipos humanos selecionados com base em características raciais, estéticas e intelectuais consideradas desejáveis. Um Centro de Reprodução Artificial de Florença, por exemplo, propôs a venda por correspondência através de um catálogo.²⁸⁵

No Brasil, também existem inúmeros exemplos dessa simples mercancia de óvulos e espermatozóides, segundo notícias da imprensa. Em 12 de fevereiro de 2006, o jornal *Folha de São Paulo* publicou uma reportagem intitulada *Clínicas médicas trocam óvulos por check-up*, relatando que jovens universitárias têm sido recrutadas por clínicas de reprodução para doar óvulos a mulheres acima de 40 anos, em contrapartida, essas instituições oferecem *check-ups* ginecológicos e métodos contraceptivos. Porém, três mulheres teriam dito ao jornal que receberam de R\$ 800,00 a R\$ 1.500,00 em dinheiro para fazer a doação dos óvulos. A compra dos gametas teria sido realizada por uma clínica de São Paulo e outra de Minas Gerais²⁸⁶. Então, essas atitudes não seriam exemplos de comércio da vida humana?

Por outro lado, maior interesse há em refletir sobre a indústria de sonhos formada em torno da reprodução medicamente assistida. O filho torna-se objeto que pode ser adquirido pelo casal, apenas por uma mulher ou pelo homem ou por casais homossexuais, dependendo do que a futura legislação sobre o assunto regulamentará²⁸⁷.

²⁸⁴ A esse respeito ver: FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

²⁸⁵ BERLINGUER; GARRAFA, op. cit., p. 70.

²⁸⁶ COLLUCI, Cláudia. Clínicas médicas trocam óvulo por check-up. *Folha on-line*, São Paulo, fev. 2006. Disponível em: < <http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 29 maio 2006.

²⁸⁷ Quanto à possibilidade referida de apenas pela mulher (solteira), se a futura legislação regulamentar nos seguintes termos: “qualquer mulher capaz”; no que se refere ao homem (sozinho ou casal homossexual), se houver autorização legal para a utilização de mãe-de-substituição nesses casos ou quem sabe com o desenvolvimento do útero artificial.

A sociedade, não contente em tentar aperfeiçoar a mãe, agora de igual forma iniciou um processo de aperfeiçoamento do filho. Para uma mãe perfeita, exige-se um filho perfeito, biologicamente dela, livre de doenças e deformidades e com um futuro próspero²⁸⁸.

Com o desenvolvimento biotecnológico, o homem foi capaz de criar, comprar e vender quase tudo até hoje. Agora, está na era de poder manipular e comercializar o próprio corpo, sendo que a maternidade se mostrou uma área muito útil e lucrativa para o alcance desse objetivo.

Forna afirma que as pessoas envolvidas na indústria reprodutiva associam “os valores da indústria com a ideologia da maternidade”. Eles tornaram-se os novos fabricantes de mitos, quando maximizam o desejo da maternidade ou da paternidade e quando a falta de um filho é sentida de forma mais intensa, eles oferecem serviços adequados à realização desse sonho²⁸⁹.

Continua a autora referindo que “a verdade é que eles vendem outra coisa antes, bem menos tangível, que é a idéia. Não vendem uma família, mas a idéia de família. Foi a idéia que gerou a indústria. Agora a indústria pega a idéia e a modela”²⁹⁰.

Fazendo um comparativo entre o mito da mãe perfeita, conceituado por Rousseau em 1762, quando o interesse por trás era do Estado, atualmente reafirmando a idéia de mãe perfeita, os centros de reprodução agregaram a possibilidade do filho perfeito. No entanto, está por trás como grande interessado o mercado.

Morin defende que

Começa-se por eliminar no óvulo os deficientes genéticos, depois, quem sabe, os desviantes em potencial, antecipando in ovo a liquidação dos

²⁸⁸ FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 148.

²⁸⁹ FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 157.

²⁹⁰ Ibidem, p. 157-158.

desviantes reais feita pelos regimes totalitários [...]. Pode-se, noutro patamar, conceber a procriação de Organismos Humanos Geneticamente Modificados, OHGM, padronizados e normalizados. Os pais desse novo tipo poderiam escolher em catálogos de firmas como a Monsanto, os caracteres desejados para os filhos²⁹¹.

Mas todos esses problemas e outros que serão tratados adiante não podem servir para formular uma visão pessimista acerca dos avanços biotecnológicos, em especial no que tange às técnicas de reprodução assistida, haja vista que é preciso demonstrar, através de exemplos e situações já ocorridas, esse risco mercadológico sobre os seres humanos, para assim podermos pensar em normas jurídicas que prevejam instrumentos eficazes para fiscalizar o respeito integral devido a todo o ser humano. Em momento algum, o presente trabalho tem o intuito de mostrar-se contrário aos procedimentos de procriação humana assistida, e sim prima pelo conhecimento, aperfeiçoamento e aplicação das já mencionadas técnicas pautadas na ética e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, buscando o bem-estar do indivíduo e da sociedade.

²⁹¹ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 76.

2 A INDIVIDUALIDADE DO SER HUMANO E O PROBLEMA DOS EMBRIÕES PRODUTOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

Como já referido no capítulo anterior, não há legislação específica que discipline as técnicas de reprodução medicamente assistida e muito menos que confira natureza jurídica aos chamados embriões excedentários. No momento em que essas técnicas possibilitaram a separação do embrião do corpo da mulher, apresentaram-se muitos questionamentos ético-jurídicos relativos tanto à estrutura familiar quanto ao aparecimento do denominado “embrião excedentário” e à devida tutela.

Diante da “disponibilidade” do embrião humano ao poder do homem, indaga-se: O que é pessoa humana? Quando tem início a vida humana? A quem pertence o embrião? Qual a proteção jurídica a ser dada ao embrião? Entretanto, antes de (caso seja possível) responder a essas indagações, é preciso refletir acerca dos assuntos a seguir abordados.

Em primeiro lugar, tratar-se-á do ordenamento jurídico vigente enfocando alguns princípios constitucionais que deverão nortear a futura legislação, bem como será abordada a normatização infraconstitucional prevista no Código Civil sobre o conceito de pessoa e o momento a partir do qual lhe é conferida proteção jurídica, o artigo que regulou, mesmo que superficialmente, acerca da filiação das crianças

nascidas através dos procedimentos de reprodução assistida. Neste ponto, convém saber o significado do “melhor interesse da criança”, disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 5º e 6º, a fim de fornecer mais elementos que possam contribuir para uma maior proteção a ser conferida aos embriões *in vitro*.

Por fim, adentrar-se-á nas teorias acerca do início da vida humana e nos questionamentos acerca do embrião humano, no que tange à criopreservação, às práticas possíveis de intervenções e à necessária definição sobre sua natureza jurídica.

2.1 A proteção jurídica conferida à pessoa no ordenamento jurídico atual.

O Direito já confere uma proteção jurídica à pessoa humana no ordenamento vigente, desse modo, resta analisar de que maneira é conferida essa proteção na Carta Magna de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1.1 Os princípios constitucionais

A Constituição Federal de 1988 continuou atribuindo grande ênfase a família como um núcleo fundamental para formação da sociedade, todavia alterou profundamente a concepção jurídica da família, especialmente quanto à idéia de filiação e ao incluir o conceito de entidade familiar.

A filiação deixou de ser baseada apenas nos vínculos biológicos, conferindo tratamento igualitário entre os filhos legítimos e ilegítimos e valorizando os elementos da afetividade e sociológicos da filiação. A segunda grande alteração foi a ampliação do conceito de família, não reconhecendo somente aquela formada pelo casamento, mas houve a inclusão do conceito de entidade familiar, abrangendo a união estável entre homem e mulher e as famílias monoparentais.

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a legislação infraconstitucional já concederam a devida tutela jurídica para o indivíduo já nascido, assim como para o nascituro, ou seja, aquele embrião que já está dentro do corpo da mulher. De outro lado, no caso dos embriões supranumerários²⁹² resultantes da reprodução assistida, é preciso ponderar os seguintes princípios constitucionais para dar efetiva proteção e definir o *status* jurídico desses embriões, enquanto não transferidos para o organismo da futura mãe, quais sejam: o do melhor interesse da criança, o da plena igualdade entre os filhos e o da livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

Os princípios do melhor interesse da criança e da igualdade entre os filhos serão tratados no próximo tópico, juntamente com a análise da legislação infraconstitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana devido a sua extrema importância será tratado detalhadamente no terceiro capítulo desta pesquisa.

Por planejamento familiar entende-se a livre decisão do casal de ter ou não filhos, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, isto é, o momento e o número de filhos que deseja ter ou não é decisão que apenas compete ao casal, sendo papel do Estado proporcionar os recursos necessários para o exercício desta vontade, deste direito.

O planejamento familiar é um direito previsto a todos, independentemente da classe social a que pertença ou da sua condição financeira. Apesar disso, existem pessoas que defendem a limitação do número de filhos ou até mesmo a esterilização da população hipossuficiente economicamente.

A paternidade responsável significa que a prole só é desejável quando os pais têm condições de criá-la, condições econômicas, físicas, psíquicas etc., enfim, de

²⁹² Por certo, que não desconhecemos a vigência da Lei nº 11.105/05, que dispõe sobre a destinação a ser dada aos embriões criopreservados, entretanto entendemos que tal legislação também não definiu o seu status jurídico. A referida lei apenas atendeu a interesses de cientistas e grandes laboratórios que queriam efetuar pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas desses embriões.

garantir uma vida digna e saudável aos seus filhos²⁹³. Ser pai não é mais prover unicamente o sustento financeiro da criança, mas também ter condições de proporcionar afeto, ser responsável e figura presente durante a vida da mesma. O pai deixou de ter papel secundário na vida do filho, pois ele adquiriu iguais direitos e deveres, antes delegados à figura materna, ao menos sob uma perspectiva constitucional.

2.1.2 Na legislação infraconstitucional

O que é pessoa humana para a doutrina clássica?

Tradicionalmente, entende-se por pessoa natural o homem como ente jurídico, considerado como sujeito de direito e obrigações. Ainda que, para o Direito, todo e qualquer ser humano seja considerado potencialmente sujeito de direitos e obrigações, foi necessário que se fixasse um termo a partir do qual a pessoa recebesse tal caracterização do ordenamento jurídico²⁹⁴.

Nesse sentido, o Código Civil, em seu art. 2º, estabelece o começo da personalidade do nascimento com vida, assim como põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção. O nascituro é aquele ser já concebido e que ainda se encontra em desenvolvimento no ventre materno.

Outra figura protegida pelo Código Civil é a denominada prole eventual, a qual admite a aquisição por testamento, de pessoa que o testador designe e venha a existir no momento da abertura da sucessão, bem como a doação à filiação futura, efetuada em contemplação de casamento a se realizar²⁹⁵. Em outras palavras, assegura direitos sucessórios para pessoas ainda não concebidas.

²⁹³ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 21.

²⁹⁴ O Código Civil de 2002 optou pela teoria natalista, por meio da qual a personalidade inicia do nascimento com a vida, o nascituro não é pessoa, embora receba proteção legal; a personalidade está atrelada a uma condição suspensiva de “nascer com vida”. A aquisição desses direitos fica subordinada a evento futuro e incerto do nascimento com a vida; caso contrário, se houver aborto ou se natimorto for considerado o nascido, não haverá perda ou transmissão de direitos. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 49-52.

²⁹⁵ *Ibidem.*, p. 53

Partindo-se do exposto acima, constata-se o descompasso da previsão legal infraconstitucional relativamente ao embrião humano, posto que não são pessoas naturais, porque ainda não nasceram; não são nascituros, porque não estão no ventre materno; também, não são prole eventual, uma vez que já foram concebidos. Resta claro que o Código Civil não conferiu proteção alguma aos embriões *in vitro* e nem trouxe regulamentação sobre as técnicas de reprodução assistida. Fato este que, de acordo com o Deputado Ricardo Fiúza, em seu Relatório Geral, aprovado pela Comissão Especial do Código Civil expressou “[...] que o projeto não versa sobre os direitos do nascituro fertilizado *in vitro*”. No mesmo sentido, estava o posicionamento do professor Miguel Reale, quando compareceu à primeira das muitas audiências públicas realizadas pela Comissão Especial e afirmou que “[...] novidades, como o filho de profeta, só podem ser objeto de leis especiais. Mesmo porque transcendem o campo do Direito Civil”²⁹⁶.

De outro lado, importa mencionar o pensamento de Meirelles de que não se pode pretender estender a proteção dada ao nascituro para os embriões *in vitro*, já que a situação é completamente diferente. Ao nascituro a aquisição da personalidade está sujeita a acontecimentos naturais, como o nascimento com vida, a morte ou até mesmo a nidação, enquanto que, para o embrião *in vitro*, tal aquisição dependeria, além dos fatores biológicos, da vontade dos interessados no desenvolvimento do novo ser, os quais poderiam ser os titulares dos gametas ou não²⁹⁷.

Nesse contexto dos embriões advindos dos procedimentos de procriação assistida, é preciso considerar algumas premissas, quais sejam: a impossibilidade de querer incluí-los em uma classificação pensada antes do desenvolvimento

²⁹⁶ O Código Civil de 2002 é fruto de projeto de lei apresentado em 1975 pelo então Presidente da República, época em que ainda eram incipientes as discussões acerca das técnicas de reprodução assistida. Durante o período de vinte e sete anos de sua tramitação, foram inúmeros os avanços científicos ocorridos, assim como diversas reformulações das regras projetadas. No entanto, apenas um dispositivo se refere expressamente às mencionadas técnicas, além disso, suscita várias discussões. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-382. p. 352-353.

²⁹⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-95. p. 89.

dessas técnicas; pautar-se nos princípios constitucionais para solucionar conflitos que envolvam essas questões e não tentar utilizar-se da legislação infraconstitucional não preparada para solucioná-los; jamais esquecer que os objetivos daqueles que se submetem aos procedimentos de procriação assistida almejam conceber um novo indivíduo, o qual também será titular de direitos e deveres, da mesma forma, que todas as pessoas já nascidas o são.

Contudo, apesar das lacunas deixadas, o Código Civil trata, no capítulo em que regulamenta a filiação em um único artigo, dos filhos nascidos por meio de procedimentos de procriação assistida. No entanto, respeitando uma interpretação sistemática do referido código, outros artigos também devem ser interpretados abrangendo tais técnicas.

O art. 1597 trata da filiação, dispondo que

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (grifo nosso)

O inciso III, do artigo acima, trata da presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Importa anotar que a expressão “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada apenas para fins do estabelecimento de paternidade, sendo necessária a observação do prazo-limite de trezentos dias da morte do marido. Na eventualidade de o nascimento ocorrer transcorrido esse prazo, também haverá que ser presumida a paternidade, todavia não significa a autorização para a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem*. Na opinião de Gama, a

reprodução assistida *post mortem* não pode ser legitimada no Brasil, em flagrante desrespeito ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988²⁹⁸.

A realização de inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* é dos grandes questionamentos que permeiam os debates envolvendo a reprodução assistida, devendo ser amplamente esclarecida e discutida pela sociedade em geral antes de uma previsão legal. Concorde-se com o posicionamento de Gama quando defende que tal dispositivo não é extensivo para tal procedimento, no entanto, quanto à impossibilidade de ser legitimada no Brasil, acredita-se que se deve atentar para o princípio da paternidade responsável, mas também considerar a possibilidade da vontade expressa por parte do cônjuge falecido de que o outro pudesse utilizar tais embriões, podendo ser estabelecido um lapso de tempo para que ocorra a implantação. Em situações complexas como esta, deve ser examinado caso a caso, por uma equipe multidisciplinar ou um comitê de ética, observando a condição psíquica do cônjuge sobrevivente e as possíveis conseqüências que teria essa criança que nasceria já órfã.

O inciso IV, do art. 1597 – a presunção de que foi concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando resultante de técnica de reprodução assistida homóloga, em se tratando de embrião excedentário – estabelece a presunção de matrimonialidade desde que se trate de criança que se desenvolveu a partir de embrião excedentário, ainda que o nascimento ocorra em data posterior ao término dos trezentos dias, segundo a dissolução da sociedade conjugal, já que a concepção ocorreu durante o relacionamento do casal. De acordo com Gama, este inciso não abrange os casos de inseminação homóloga, em que ocorre a utilização do sêmen do ex-marido²⁹⁹.

²⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 347-382. p.359. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 347-382. p.358-359.

Nesse sentido, defende-se como correta a opinião do mencionado autor, uma vez que o texto legal emprega a expressão “embriões excedentários”, ou seja, quando já ocorreu a fusão do óvulo com o espermatozóide, não podendo abranger a inseminação, pois, neste procedimento, a fecundação acontece *in vivo*, não ocorrendo a transferência do embrião, mas simplesmente do sêmen que pertence ao marido, o qual deve autorizar a sua utilização. Dito de outra forma, na inseminação, a criança seria concebida após a separação do casal e não na constância do casamento, conforme dispõe tal inciso.

O inciso V, do mesmo artigo, refere-se à presunção absoluta ou certeza de parentalidade em que foi concebido na constância do casamento, o filho havido por inseminação artificial heteróloga previamente consentida pelo marido. Nesses casos, é impossível admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade durante o desenvolvimento do projeto parental e posteriormente pretende se retratar de tal consentimento. Na seara da reprodução assistida heteróloga, deve-se considerar dois pressupostos fáticos como a vontade associada ao êxito da técnica com a gravidez da mulher, em respeito ao princípio da paternidade responsável, previsto na Carta Magna – art. 227, §6º. Além disso, nessa situação, o que caracteriza a paternidade não é o fator biológico, e sim aquele que convive e consente no momento da concepção e do início da gravidez³⁰⁰.

O marido ou companheiro, uma vez autorizando expressamente a inseminação artificial heteróloga, não pode pretender eximir-se de suas responsabilidades como pai sob o manto do fator biológico, seja porque se arrependeu, ou em razão de posterior separação do casal. Certamente, a utilização das técnicas de reprodução assistida na forma heteróloga é a que mais exige confiança, maturidade e reflexão do casal que pretende ter seu filho por essa modalidade, não se podendo admitir que essa criança seja privada do direito à biparentalidade em razão de qualquer mudança na decisão de uma das partes.

³⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 347-382. p.356-357.

Outros artigos do Código Civil, mesmo que de forma implícita, trataram da procriação assistida heteróloga, como o art. 1565, §2º³⁰¹, que cuida do planejamento familiar; o art. 1593³⁰², que dispõe sobre o parentesco quando prevê expressamente a expressão “ou outra origem”. Dessa forma, constata-se como foi superficial e lacunoso o também chamado novo Código Civil, no que diz respeito aos procedimentos de procriação assistida quando legislou no tocante ao direito de família, embora não tenha sido sua pretensão normatizar sobre tal assunto, conforme mencionado anteriormente. Ainda assim, naquilo que dispôs sobre filiação e planejamento familiar, deixou falhas e omissões que não poderiam ocorrer, como, por exemplo, ao não mencionar, em tais artigos, a união estável, já reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.

2.1.3 Proteção especial e o melhor interesse da criança

A necessidade de ser conferida à infância uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra, em 1924, sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas em 1959, assim como adotada nos estatutos das agências especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança³⁰³.

Posteriormente, essa necessidade de proteção integral à criança foi recepcionada na Constituição Federal de 1988, atribuindo como um dever conjunto da família, da sociedade e do Estado promovê-la. A Constituição também apresentou diversos aspectos da aplicação de políticas públicas em favor da criança e do adolescente, reconhecendo-os como pessoas em desenvolvimento.

³⁰¹ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

³⁰² Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

³⁰³ DANTAS, Ana Florinda. O Controle Judicial do Poder Familiar quanto à Pessoa do Filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 113-154. p. 118-119.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a proteção integral como um direito fundamental, protegendo-os especialmente nas relações familiares, de modo que as crianças e os adolescentes que estão sob a responsabilidade dos seus pais possuíssem uma proteção maior³⁰⁴.

Essa proteção integral significa que, mesmo os pais sendo os responsáveis pelas decisões na vida de seus filhos, não se pode negar e muito menos esquecer que eles são titulares de direitos próprios, os quais deverão ser respeitados pelos pais e o cumprimento efetivo desses direitos avaliado pelo Estado, quando solicitado.

O princípio do melhor interesse da criança está consagrado em nossa sistemática constitucional. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU e que entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. O art. 3.1 estabelece que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”³⁰⁵.

Não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o “melhor interesse”, devendo ser examinado caso a caso. Todavia, Welter relaciona vetores que podem ser examinados para auxiliar na determinação do que seja esse melhor interesse, quais sejam, aspectos psicológicos, biológicos, afetivos, morais e materiais, como, por exemplo,

a) o ideal, a vontade, o desejo da paternidade e da maternidade; b) o carinho, o desvelo, ambiente tranquilo que possa propiciar à criança desenvolvimento sadio físico e moral, com segurança e equilíbrio emocional dos pais; c) a habitualidade de dar amor, orientação, comida, abrigo, vestuário, assistência médica, escola, relacionamento na comunidade e laços religiosos; d) o direito da criança ou adolescente em ser ouvido, se for o caso; e) boa formação moral, social e psicológica, a busca da saúde

³⁰⁴ Ibidem., p.119.

³⁰⁵ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> . Acesso em: 10 out. 2007.

mental ou a preservação de sua estrutura emocional; f) respeito e dignidade humana; g) a idade, circunstâncias em que vive a criança, o seu bem-estar e concepções educativas dos pais; h) igualdade da filiação e a valorização incondicional da pessoa humana; i) examinar o grau de conflito entre as partes, promovendo diálogo entre os pais biológicos e afetivos; j) idade, saúde, sentimentos do filho, necessidade de estabilidade, disponibilidade educativa e afetiva, equilíbrio psicológico, moralidade da vida, condições materiais, presença dos avós, novo casamento ou união estável, lembrando que a atmosfera do lar rica de estímulos e aquecida pelas trocas afetivas favorece muito mais o amadurecimento intelectual do que o ambiente frio, rígido e uniforme das instituições³⁰⁶.

De outro lado, é apontado por Pereira a extrema relevância do significado de ser “sujeito de direitos” para a criança e o adolescente, pois estes deixam de ser tratados como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titulares de direitos juridicamente protegidos³⁰⁷. Quer dizer, a criança e o adolescente possuem direitos e deveres como seus pais ou qualquer outro membro da sociedade, sendo ainda acrescidos de uma proteção especial, devido a sua vulnerabilidade e conseqüente impossibilidade de saber ou poder expressar seus interesses. A criança é de responsabilidade dos pais, todavia não um objeto dos mesmos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 –, em seus arts. 5º e 6º, proporciona uma melhor compreensão do que vem a ser o referido princípio. Dispõe o art. 5º que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Ou seja, de forma mais ampla, não é permitido discriminar qualquer criança ou adolescente por motivos de sexo, cor, religião, nacionalidade, origem social, etc³⁰⁸. Qualquer atitude que configure a conduta prevista no art. 5º é considerada uma violação ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O art. 6º, do referido Estatuto, preceitua “que na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os

³⁰⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 255-256.

³⁰⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. da C. (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 207-217. p. 210.

³⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”³⁰⁹.

O art. 6º merece um maior detalhamento, quanto aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, devendo ser enfatizado que os direitos da criança e do adolescente são deveres da família, da sociedade e do Estado. Em princípio, a família é a primeira responsável pelo desenvolvimento físico, psíquico e social da criança e do adolescente, devendo contar com o auxílio e solidariedade da sociedade em que vivem, como também pelo Estado, quando algum de seus direitos não estiver sendo respeitado.

A expressão “pessoas em desenvolvimento” só veio a contribuir no reconhecimento da condição peculiar de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente, as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida de singularidade e de completude relativa, em outras palavras, cada etapa desse desenvolvimento deve ser compreendida pelo mundo adulto, englobando a família, a sociedade e o Estado³¹⁰.

Na opinião de Brauner, o fato de o interesse da criança dever ser preponderante não significa que o seu interesse se contraponha à utilização das técnicas de procriação assistida, podendo ela vir a fazer parte de uma família monoparental, desde que o genitor responsável forneça todas as condições para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto³¹¹.

Certamente que o princípio do melhor interesse da criança, por ser preponderante, não se contrapõe às técnicas de reprodução assistida. Em primeiro

³⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

³¹⁰ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. et al. (Org.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 39-40.

³¹¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2006. p. 6.

lugar, porque esse tipo de reprodução já é uma realidade que traz também muitos benefícios, apesar dos problemas suscitados no decorrer da pesquisa. Em segundo, é preciso levar em conta tal princípio no momento de regulamentar esses procedimentos de forma a não pensar exclusivamente no atendimento do direito ao planejamento familiar, ao desejo dos genitores, mas também considerar que, da utilização destes recursos científicos, poderá nascer um novo indivíduo, com direitos, deveres e vontades a serem respeitadas.

Mas, no que concerne ao embrião *in vitro*, qual a importância da proteção integral, do melhor interesse e das suas possíveis contribuições?

A definição da proteção ético-jurídica a ser dada ao embrião é importante, pois já existe um reconhecimento constitucional e infraconstitucional sobre uma necessária maior proteção à criança e ao adolescente. Isso porque eles passam por diferentes etapas até tornarem-se adultos, devendo receber atenção especial em virtude de serem seres mais vulneráveis, seja por não saber ou não poder se defender. Empregando-se de maneira análoga esta proteção já conferida, os direitos devem igualmente ser estendidos aos embriões *in vitro* – o estágio de embrião faz parte do desenvolvimento de qualquer ser humano até chegar ao estágio de criança –, haja vista que o embrião também passa por diferentes etapas desde a concepção até ser implantado no ventre materno, sendo igualmente incapaz de se defender. Constitui-se ainda mais vulnerável à vontade do homem e ao seu poder de escolha até mesmo quanto àqueles que têm direito à vida e aos que não têm.

Os procedimentos de reprodução assistida permitiram à equipe médica selecionar entre os embriões de melhor qualidade, até podendo ser considerados inviáveis para a transferência para o corpo da mulher. Isso significa que, no momento em que se autoriza tal seleção, estar-se-ia afrontando a proteção integral da futura criança e favorecendo o interesse dos futuros pais e da ciência.

De outra parte, deve-se entender que, esse embrião, continuando o seu ciclo normal de vida após o nascimento, é denominado de criança, recebendo a proteção prevista no mencionado Estatuto, ou seja, é preciso ter presentes os direitos ali previstos e a forma de assegurá-los. Quando da utilização das técnicas de

reprodução assistida, deve se ter sempre na memória que o fruto da concepção é uma outra pessoa, uma criança também titular de direitos e obrigações, como os casais que procuram por tais procedimentos, ou melhor, elas são possuidoras de uma proteção especial, a qual deve ser eleita como preponderante.

2.2 Quando inicia a individualização do ser humano?

A antiga controvérsia acerca do início da vida humana, que já dividia opiniões e fazia surgir diversas teorias desde a Antigüidade, renasceu atualmente com maior ênfase, relativamente à questão do estatuto do embrião humano.

O ressurgimento dessa antiga questão sobre o começo da vida – ainda sem resposta unânime – se deve, como ressaltado anteriormente, ao desenvolvimento técnico-científico no âmbito da reprodução humana, quando tornou possível a separação do embrião do corpo da mulher e a possibilidade de suspensão de seu desenvolvimento por tempo indeterminado através de técnicas de congelamento, bem como pelas intervenções para detectar doenças genéticas, podendo os médicos entre aqueles embriões com maiores probabilidades de resultar na gravidez após serem transferidos para o corpo da mulher novamente.

Nesse contexto de extremo poder do homem em manipular a sua própria espécie, principalmente na discussão envolvendo o estatuto do embrião humano, freqüentemente depara-se com as expressões “ser humano”, “indivíduo humano” e “pessoa humana”. No intuito de discutir o estatuto ontológico, ético e jurídico desse embrião, faz-se necessário enfrentar o problema da aplicabilidade ou inaplicabilidade dessas três categorias à fase inicial da vida humana. Dessa forma, questiona-se: o embrião humano é um ser humano, um indivíduo humano, uma pessoa humana?³¹²

³¹² PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 91-114. p. 91.

Alguns autores³¹³ defendem a existência da diferença entre ser humano, indivíduo humano e pessoa humana. Nesse caso, o embrião *in vitro*, antes do décimo quarto dia, seria considerado apenas ser humano por pertencer à espécie *Homo sapiens*, ainda não possuindo a qualidade de indivíduo e muito menos de pessoa, uma vez que podem surgir gêmeos monozigóticos e que, portanto, não têm unidade orgânica.

Outros defendem que a pessoa humana não se confunde com o indivíduo, posto que são noções opostas. O indivíduo é um ser humano que pode ser determinado cientificamente pela Biologia, enquanto a noção de pessoa humana cabe ao âmbito da Filosofia.

Uma terceira corrente³¹⁴, à qual nos filiamos, defende que não cabe distinção entre indivíduo e pessoa humana, pois ambos se acham reunidos no mesmo homem, como duas qualificações, é dizer que “o indivíduo humano, inserido no âmbito da humanidade, somente possui um significado vital na realidade ontológica da pessoa, e a pessoa humana, em sua singularidade existencial e enquanto ser em relação, não existe senão imersa em uma individualidade biológica”³¹⁵. Em outras palavras, não há como separar totalmente o indivíduo da pessoa, pois esta precisa de um corpo, de uma individualidade biológica para dar-se conta de si mesma, desenvolver a autoconsciência e a racionalidade, de modo que possa se relacionar com seus semelhantes, ao passo que o indivíduo, apesar de ser essencial à sua individualidade biológica possuir um valor único, também é um representante de todas as características da espécie humana.

Da mesma opinião, França questiona os adeptos das outras teorias, por exemplo, como é possível haver indivíduos da mesma espécie, uns considerados como seres humanos pessoa e outros como seres humanos não-pessoas? E, para aqueles que atribuem a individualização do ser humano para etapas posteriores ao

³¹³ Como Peter Singer e Engelhardt.

³¹⁴ Pode-se citar doutrinadores como Léo Pessini, Reinaldo Pereira e Silva, Genival Veloso de França, Jussara Maria Leal de Meirelles

³¹⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.339-340.

seu desenvolvimento, então que tipo de vida é essa na fase anterior ao momento eleito?³¹⁶

Assim, para compreender teorias capazes de diferenciar ser humano de pessoas ou teorias que defendem tais termos como sinônimos, deve-se explicitar alguns dos pensamentos sobre o início da vida humana, sob o ponto de vista biológico, filosófico e jurídico. Entretanto, importa referir que o enfoque jurídico será tratado de forma mais abrangente no terceiro capítulo, quando abordar-se-á a proteção jurídica a ser conferida aos embriões.

Sob o ponto de vista biológico, existem três teorias principais a serem consideradas: a teoria natalista, a teoria conceptista ou tese do momento da fecundação e a teoria genético-desenvolvimentista ou tese das fases sucessivas.³¹⁷

Para a teoria natalista, o conceito no ventre materno não possui individualidade alguma, sendo apenas uma parte da mulher. Os genitores, especialmente a mãe, por carregar o feto, uma vez sendo os responsáveis pela sua produção e existência, têm o direito de determinar o seu uso. A criança, até o nascimento, é parte do corpo da mulher e não um outro indivíduo, podendo ela dar a destinação que quiser a essa parte do seu “corpo”, tanto levando “a cabo” a gestação quanto a interrompendo. É uma decisão que compete somente aos pais da futura criança. Essa teoria foi rechaçada pelas descobertas na área da embriologia humana, mas ainda é culturalmente influente³¹⁸.

A teoria concepcionista, também denominada de tese do momento da fecundação, defende que a fecundação do óvulo humano pelo espermatozóide assinala o começo da vida de cada indivíduo, sendo este um novo indivíduo,

³¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética*. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27-48. p.46-47.

³¹⁷ As expressões “tese do momento da fecundação” e “tese das fases sucessivas” são utilizadas por Mantovani. MANTOVANI, Ferrando. *Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.185-193. p.187.

³¹⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.82

diferente biologicamente daqueles que contribuíram para a sua formação e detentor de um código genético próprio e irrepetível, que o acompanhará durante todo o seu desenvolvimento³¹⁹. Em outras palavras, esse novo indivíduo é dotado de unicidade genética, sendo que o zigoto, blastocisto, pré-embrião³²⁰ e embrião indicam somente fases diferentes do novo ser humano antes do nascimento. Da mesma forma, o recém-nascido, criança, menino, adolescente, adulto, idoso representam apenas diferentes etapas da vida do homem depois do nascimento, sem nada acrescentar ou deixar faltar para a caracterização de sua humanidade³²¹.

Além disso, para essa teoria, o novo ser humano tem uma autonomia sobre o seu desenvolvimento, não se confundindo com o corpo da gestante, ainda que seja muito dependente desse *habitat* materno para sobreviver. Igualmente, o recém-nascido e a criança em tenra idade são dependentes dos cuidados maternos para sobreviver, no entanto, ninguém diz tratar-se de um único indivíduo, ou seja, não admite que façam parte do corpo materno³²².

Cabe lembrar que inclusive o Relatório Final do Comitê Warnock – o qual permite e serve de parâmetro para muitas legislações estrangeiras para autorizar a experimentação com embriões humanos provenientes da fertilização *in vitro* – expressa em seu Capítulo 11, que, uma vez iniciado o processo de desenvolvimento, não há nenhuma parte específica desse processo que seja mais importante do que a outra. Assim, biologicamente, não existe fase singular no desenvolvimento do embrião, além da qual o embrião *in vitro* não deva ser conservado vivo³²³.

³¹⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.91.

³²⁰ Pré-embrião caracterizaria os primeiros seis a sete dias de desenvolvimento embrionário, isto é, desde a fecundação até a implantação no útero. GOLDIM, José Roberto. O que é o embrião. In: KIPPER, Délio José. et. tal. (org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 55-59. p. 55-56.

³²¹ MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.185-193. p.187-188.

³²² Engelhardt em sua teoria não considera a criança uma pessoa, pois esta não possui autonomia moral, dessa forma, afirma que os pais podem dar a destinação que quiserem a essa criança. Ela tem a mesma disponibilidade conferida aos objetos, embora considerada um ser humano, mas não uma pessoa.

³²³ SERRA, Â.; COLOMBO, R.. Identidade e Estatuto do Embrião Humano: A Contribuição da Biologia. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano*:

A terceira teoria a ser explicitada é a genético-desenvolvimentista ou também chamada de tese das fases sucessivas, para a qual o ser humano tem início através de diferentes argumentos, sendo as fases sucessivas individualizadas em termos biológicos. Essa teoria surgiu a partir de algumas objeções quando da não aceitação da teoria concepcionista, postergando para fases posteriores do desenvolvimento embrionário a aceitação da nova vida como humana. Para seus adeptos, a origem só ocorre em um segundo momento, ou seja, no qual se pode identificá-lo como um ser único e individualizado. Com isso, apareceram vários posicionamentos diferentes concernentes ao momento em que se daria tal individualidade, observando a cronologia desse processo embrionário³²⁴.

Essa cronologia divide-se: 1) na *nidação* do óvulo fecundado no útero materno; 2) na *aparência da linha primitiva*, que representa o primeiro esboço do sistema nervoso e do início da sensibilidade à dor; 3) na *suspensão da totipotencialidade das células embrionárias*, isto é, da sua capacidade de dar vida a outros embriões e, portanto, à possibilidade de gêmeos monovulares; 4) na *nascimento cerebral*, no momento da formação do sistema nervoso central; 5) na *organogênese*: formação dos órgãos principais. Inevitavelmente, surgem algumas divergências sobre o momento do início do ser humano: depois da fecundação, depois da primeira semana, depois do dia quatorze, depois da oitava semana, etc³²⁵.

Essa teoria traz diversos momentos em que pode ser considerado o início da vida humana, abrindo caminho para que essa escolha se dê conforme os interesses

Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 151-209. p. 208. O Relatório Final diz textualmente: "Muito embora, como vimos, o momento das diferentes fases de desenvolvimento seja crítico, uma vez iniciado o processo, não há nenhuma parte específica do processo de desenvolvimento que seja mais importante do que outra; num momento correto, e numa sequência correta, o desenvolvimento ulterior cessará". Segue "Assim, biologicamente não há nenhuma fase singular identificável no desenvolvimento do embrião além da qual o embrião in vitro não deva ser conservado vivo". Nesse mesmo sentido, observa: SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.95.

³²⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.113-116.

³²⁵ MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.185-193. p.188.

que deveriam ser atendidos. Ocorre que os defensores dessa teoria acabam por fracionar em etapas um processo contínuo de desenvolvimento do ser humano. O aparecimento de qualquer dessas características e órgãos já estava presente desde a fecundação do óvulo com o espermatozóide, assim como acontecem mudanças em nosso organismo quando passamos da infância para a adolescência. Por exemplo, nas mulheres a capacidade de gerar outro indivíduo só ocorre após uma certa idade, com a ovulação, no entanto, tal característica já estava presente desde o início, manifestando-se apenas depois de alguns anos; nem por esse motivo deixam de ser a mesma pessoa de antes. Houve somente um crescimento e amadurecimento do organismo, e não a mudança para outro tipo de indivíduo.

Palazzani, explicando a extrema fascinação e relevância que o conceito de pessoa tem para os especialistas em bioética, atribui como uma das razões o fato de o termo “pessoa”, no nível do senso comum, já indicar um sujeito merecedor, em certa medida, de respeito e salvaguarda, dito de outro modo, de já ter alcançado importante valor moral e jurídico. Outra razão para a sua difusão é a dúvida teórica existente que flexibiliza o termo até certo ponto, servindo a diversas, e até, às vezes, opostas, necessidades práticas do atual pluralismo filosófico³²⁶.

A ambigüidade de significado da palavra “pessoa” tem servido de instrumento tanto para os que acreditam que o embrião *in vitro* já é uma pessoa, merecedora da mesma proteção atinente às pessoas já nascidas, quanto para aqueles que negam o reconhecimento como pessoa e salientam tratar-se de uma nova categoria que não seja pessoa natural, nascituro ou prole eventual previstas no ordenamento infraconstitucional atual, portanto, podendo ser objeto de pesquisa ou outros interesses mercadológicos.

Na opinião de Meirelles, os indivíduos são reconhecidos pelos dados biológicos, fáticos, dessa forma, sendo identificados e diferenciados pela Biologia. Já as pessoas são vistas sob o prisma de seu valor, se equivalem, portanto, em uma

³²⁶ PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 91-114. p. 99.

comunidade regulada por regras morais e jurídicas que as respeite integralmente, as pessoas não podem ser diferenciadas³²⁷.

Dentre as concepções filosóficas diferentes, algumas têm influenciado mais os debates bioéticos e jurídicos, especialmente quando o assunto é o embrião humano e o seu *status*. Cabe ressaltar que são eleitas algumas dessas concepções, as quais são consideradas de maior relevo para a problemática ora discutida. Além disso, não se distingue, neste estudo, o embrião em indivíduo ou pessoa humana, uma vez que optou-se pela corrente que não faz tal diferenciação, já explicitada anteriormente.

A primeira teoria, denominada concepcionista, dá origem ao ser humano enquanto pessoa. A concepção é o começo sem o qual não há pessoa. Trata-se de um processo contínuo desde o primeiro contato do espermatozóide com o óvulo a concepção. Para Bourguet, não se julga possível algum dia identificar uma ou outra fase como sendo o começo. Ele defende que é possível identificar a penetração do espermatozóide na zona peluginosa como o fim da existência independente dos gametas, sendo que, a partir desse instante, existe um indivíduo novo que não existia antes, um indivíduo dotado de um metabolismo próprio e de qualidades emergentes em relação aos gametas³²⁸.

A segunda teoria exige o momento da implantação do embrião nas paredes uterinas para ser considerada pessoa. Essa perspectiva enfatiza a relação na definição da pessoa, ou seja, o início da pessoa ocorre a partir da implantação no ventre materno, lugar onde se estabelece um íntimo inter-relacionamento celular³²⁹.

³²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.108-109.

³²⁸ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Myimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

³²⁹ PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 91-114. p. 101-102. Sobre a fragilidade do argumento, a autora refere que o relacionamento não constitui o sujeito; ao contrário, o sujeito é que torna possível o relacionamento. Não existe relacionamento, seja físico, seja psíquico e social, quando não há um ser capaz de relacionar-se com outro em si e por si.

Essa teoria também é utilizada para justificar a permissão do uso do Dill e da chamada “pílula do dia seguinte”, a qual pode ser ingerida pela mulher até setenta e duas horas após o ato sexual, com uma relativa eficácia no objetivo de impedir a gravidez. Dessa forma, não seria considerado aborto, uma vez que a vida da pessoa teria início com a nidação.

A terceira teoria considera o começo da pessoa com a formação do plano construtivo do embrião e a rudimentar organização do sistema nervoso central ou também conhecida por linha primitiva, que é possível identificar a partir do décimo quarto dia após a fecundação. Essa teoria é ainda bem defendida, em virtude do Relatório Warnock, por cientistas que têm interesse na utilização dos embriões *in vitro* disponíveis para pesquisas.

Em sentido oposto, Bourguet defende que os critérios morfológicos ou anatômicos não são mais usados para definir a espécie, uma vez que, para a ciência contemporânea, importa a noção de interfecundidade, isto é, uma espécie pode apresentar tipos morfológicos bem distintos, como é o caso do zigoto que pertence à espécie humana sem ter nenhuma propriedade morfológica do adulto ainda visível³³⁰.

A quarta teoria refere-se ao fato de que o embrião pode dividir-se em dois ou mais embriões com igual informação genética, levando a formação de gêmeos idênticos. Então, ao termos um embrião anterior a esse ponto, não se pode precisar ao certo se o que existe é o precursor de um ou dois indivíduos. Esse seria um problema para os que defendem a continuidade da existência humana desde a concepção até a vida adulta. Não há como pensar no embrião como um indivíduo único, uma só pessoa, enquanto não estiver superada a possibilidade da criação de gêmeos³³¹.

³³⁰ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução de Nicolas Myimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 57.

³³¹ SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. 2ª tiragem 2006. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 166-167.

Para Andorno, esse argumento exposto acima não se sustenta, uma vez que a possibilidade do embrião dividir-se em mais embriões não entra em conflito com a noção de indivíduo, nem do ponto de vista biológico, nem do filosófico.

La noción de «individuo» en biología, no remite a la imposibilidad de división, sino a la idea de organización de la estructura viviente. El individuo es um ser organizado que vive una existencia propia y que, generalmente, no puede ser dividido sin ser destruido³³².

No mesmo sentido, acerca da inconsistência sobre a objeção dos gêmeos monozigóticos, tem-se que esse fenômeno é uma exceção, visto que 99% a 99,6% dos zigotos se desenvolvem como um organismo único. Além disso, estudos muito recentes sobre o mecanismo que conduz à formação de gêmeos ressalta a hipótese de que, em alguma parte do embrioblasto³³³, em virtude de algum erro que ocorre entre o quarto e o sétimo dia após a fertilização, é determinado um novo e independente plano de desenvolvimento, para que o novo ser individual inicie o seu próprio ciclo vital³³⁴.

Outra teoria é a de que, nos primeiros quatorze dias após a fecundação, o embrião seria apenas uma massa indiferenciada de células que seriam logo substituídas por aquelas que realmente constituem o embrião, que assumiram funções específicas e diferenciadas de um único ser³³⁵.

Com relação ao argumento sobre o embrião ser uma massa indiferenciada de células, Andorno afirma que as células que se formam depois do décimo quarto dia não se formam do nada, e sim a partir do novo ser que começou sua existência no momento da fecundação do óvulo³³⁶.

No contexto das três últimas teorias apresentadas acima, importa fazer menção novamente ao previsto no Relatório Warnock, o qual apresentou

³³² ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad humana*. Tecnos: Madrid, 1998. p.97.

³³³ Ver glossário.

³³⁴ SERRA, Â.; COLOMBO, R.. Identidade e Estatuto do Embrião Humano: A Contribuição da Biologia. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 151-209. p. 198-199.

³³⁵ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad humana*. Tecnos: Madrid, 1998. p. 96-97.

³³⁶ Ibidem., p. 98.

recomendação para que não sejam mantidos vivos (congelados ou não) embriões humanos advindos de fertilização *in vitro*, caso sejam transferidos para uma mulher no período de quatorze dias após a fertilização. Além disso, recomendou que não se realizassem pesquisas sobre tais embriões depois do décimo quarto dia. Não se inclui na contagem do período, o tempo de criopreservação do embrião³³⁷. Esse relatório adotou o chamado critério do décimo quarto dia, ou teoria do pré-embrião. As motivações que embasam tal critério reúnem justamente as três teorias explicadas anteriormente, quais sejam: “a) após o 14º dia não é mais possível a formação de gêmeos monozigóticos; b) somente após o 14º dia o conceito perde a qualidade de totipotência; e c) em torno do 14º dia aparece a linha primitiva no conceito, como que o signo de um novo ser humano”³³⁸.

Outra teoria exige o córtex cerebral suficientemente formado, ou seja, até a sexta ou oitava semana de gestação. Serra e Colombo, citando J. M. Goldening, conceituam o começo da vida para esta teoria:

a vida humana pode ser vista como um espectro contínuo, entre o início da vida cerebral (oito semanas de gestação) e morte cerebral. Em qualquer ponto, os tecidos ou os sistemas de órgãos podem estar presentes, mas sem a presença de um cérebro humano funcional eles não podem constituir um ser humano, pelo menos no sentido médico³³⁹.

Nesse caso, é a aplicação do critério médico da morte em sentido inverso, ou seja, a morte é amplamente aceita, quando o cérebro deixa de funcionar, mesmo que os demais órgãos continuem funcionando, é a chamada “morte cerebral”, a qual permite, a partir de seu diagnóstico, a realização da retirada de órgãos para transplantes.

No entanto, cabe ressaltar que o diagnóstico de morte cerebral não obriga o desligamento dos aparelhos, podendo a pessoa ser mantida viva artificialmente,

³³⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 121.

³³⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p.89.

³³⁹ SERRA, Â.; COLOMBO, R.. Identidade e Estatuto do Embrião Humano: A Contribuição da Biologia. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 151-209. p. 206. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ocorrendo inclusive casos de superação do estado de coma, considerado, permanentemente sem explicação científica. De outro lado, a vida humana começaria com as primeiras manifestações de um cérebro, do córtex cerebral.

Contudo, tal explicação não pode ser aceita, pois a situação é totalmente diferente quanto ao embrião. Durante a fase embrionária, há um processo altamente dinâmico, no qual a lei ontogenética requer uma organização gradual de todo o corpo, assim como das estruturas nervosas e cerebrais, sendo a unidade e a individualidade preservadas em virtude da lei intrínseca de desenvolvimento escrita no genoma³⁴⁰. Em outras palavras, a afirmação de que o embrião não seria pessoa por não apresentar o córtex cerebral é falsa, já que, durante essa fase, existe um processo extremamente dinâmico, que obedece a uma formação gradual dos órgãos, sendo que já se encontram previstas todas as informações necessárias para a sua formação desde a sua fecundação.

Autores como Engelhardt Jr. e Singer defendem uma teoria totalmente diversa daquelas vistas até agora, na qual há necessidade de racionalidade e autoconsciência para receber a titularidade de pessoa. Os dados biológicos que determinam a espécie *Homo sapiens* não têm significado moral, isto é, o simples fato de um ser pertencer a nossa espécie não significa que mereça preferência à vida.

Engelhardt Jr. acredita que, “para compreender a condição moral do início da vida biológica humana, precisamos examinar como essa vida é importante para as pessoas, como agentes morais”. Sendo que “aqueles produziram um feto, pelo menos nos parâmetros da moralidade secular geral, têm o direito primordial de determinar efetivamente o seu uso. Em geral, isto compete ao pai e à mãe que conceberam o feto, especialmente à mãe, já que ela o carrega”³⁴¹.

Para os adeptos dessa teoria, o que distingue as pessoas é a sua capacidade de autoconsciência, racionalidade e preocupação com o merecimento de acusações

³⁴⁰ SERRA; COLOMBO. op. cit., p. 206-207.

³⁴¹ JR., H. Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 310.

e elogios. Nesse contexto, os fetos, os bebês, os deficientes mentais e os indivíduos que se encontram em coma permanente são humanos, mas não são considerados pessoas, haja vista que não são autoconscientes e muito menos têm a possibilidade de expressar suas idéias³⁴².

Dessa forma, se os fetos ou até mesmo os indivíduos em estado de coma permanente não são pessoas, torna-se mais evidente que, para essa teoria, o embrião também não o é.

Especificamente, tratando-se do embrião humano, Singer questiona inclusive quanto a esse embrião constituir um ser humano:

[...] existe uma nova e interessante questão a ser colocada contra a afirmação de que o embrião é um ser humano: os seres humanos são indivíduos, e o embrião ainda não tem nenhuma característica de individuação. A qualquer momento, por volta do décimo quarto dia depois da fertilização [...] o embrião pode separar-se em dois ou mais embriões geneticamente idênticos³⁴³.

Em suma, o respeito pela pessoa humana se reduz ao respeito pela sua autonomia moral. Só há respeito, se houver autonomia.

Em sentido oposto, para Andorno, cuja posição recebe apoio nesta pesquisa, esta filosofia expressa uma visão separatista da pessoa humana, uma vez que nega que o corpo é parte integrante da subjetividade. Para se exigir a autoconsciência é preciso existir, sendo que as pessoas humanas necessariamente se materializam através de um corpo³⁴⁴.

Não se deve admitir mais o estudo cada vez mais separado do todo em partes, o qual aconteceu muito em virtude do progresso da ciência. A pessoa humana precisa ser observada e considerada, a partir de um pensamento sistêmico, em seu todo, no conjunto de suas partes, bem como levando em conta o meio

³⁴² Ibidem., p. 174.

³⁴³ SINGER, Peter. *Ética Prática*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 166.

³⁴⁴ ANDORNO, Roberto. La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión. *Cuardenos de Bioética*. Edición Electrónica Nº 53. Volumen XV, 1ª, 2004 enero-abril. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org/cb53.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2006. p. 29-36. p. 34.

natural e cultural em que vive. Para desenvolver a autoconsciência e a racionalidade, a pessoa prescinde de um organismo, de uma estrutura física primeiramente. Sem o corpo físico, não há de quem se exigir as outras características. Ademais, é demasiado estranho defender que, mesmo aquela que já recebeu a denominação de pessoa, a perca em função de estar acometido de alguma doença que a colocou em estado de coma, ou, considerando os deficientes mentais, muitos são capazes de fazer escolhas, desempenhar tarefas e trabalhos, mesmo que com determinadas dificuldades em virtude da doença que os acomete.

É preciso admitir que inexistente consenso científico ou filosófico acerca do momento do início da vida humana. Uma das grandes questões éticas debatidas contemporaneamente é o reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre o óvulo fecundado e a pessoa humana. Essas diferentes teorias explicadas trazem tantas possibilidades de critérios para definir esse reconhecimento que se torna evidente que nenhum deles tem mais solidez conceitual que o outro, por isso não podem ser utilizados para estabelecer diferenças de status moral entre antes e depois da etapa de desenvolvimento escolhida.

Em parte, apesar de concordar-se com a impossibilidade, atualmente, de formular uma resposta certa e única sobre esse assunto, de outra, tornou-se imprescindível à ética e ao direito tomar uma decisão que defina o status a ser conferido aos embriões humanos, tendo em vista os progressos técnico-científicos cada vez mais avançados no que se refere à possibilidade de sua manipulação.

Na opinião de Kottow, precisa-se de um conceito mais ético do que biológico ou metafísico sobre o começo da vida humana, porque deste conceito dependerá nossa moralidade e nossas decisões frente a este início. Além disso, esse conceito deve prioridade aos valores explicitados por aqueles que serão mais diretamente afetados³⁴⁵.

³⁴⁵ KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida¿ Cuántas veces comienza la vida humana? In: Revista de Bioética e Ética Médica. Vol. 9, n. 2. Conselho Federal de Medicina, 2001. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>> . Acesso em: 13 abr. 2006. p. 25-42. p. 25-26.

2.3 Os embriões excedentários criopreservados

A Criobiologia, que estuda os processos de congelamento de células e tecidos, permitiu o desenvolvimento de métodos eficientes de congelamento e descongelamento de células e tecidos, na maioria das vezes, sem afetar ou afetando pouco sua estrutura e funcionalidade³⁴⁶.

No ano de 1981, foi noticiada a realização da primeira crioconservação de embriões humanos no estágio de quatro a oito células. Dois anos mais tarde, foi efetuada, com êxito, a primeira crioconservação clínica seguida de transferência de embriões para o ventre materno³⁴⁷.

Os avanços biotecnológicos permitiram o congelamento de sêmen, embriões e óvulos por tempo ilimitado, acarretando sérios problemas éticos e jurídicos. A finalidade do congelamento de embriões seria a redução de riscos e desconfortos, principalmente para a mulher, caso houvesse necessidade de realizar novos procedimentos de procriação assistida. Contudo, a aplicação de tal procedimento gerou um número muito grande de embriões criopreservados excedentários, inclusive inúmeros deles abandonados por seus genitores nos centros de reprodução humana.

³⁴⁶ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.240.

³⁴⁷ AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 59-60. Em 1953, Bunge y Sherman conseguiram três gestações por inseminação artificial com sêmen humano glicerolado e congelado a - 70°C durante três meses. A partir dos anos 50, o sêmen começa a ser crioconservado de forma rotineira para posterior utilização. Este processo dá lugar ao aparecimento dos primeiros bancos de sêmen, que, por volta dos anos 70, estão formalmente constituídos e permitindo a conservação a longo prazo. Em 1964, Perloff conseguiu uma gestação mediante a inseminação artificial de sêmen congelado em nitrogênio líquido a -196°C, sendo este o produto que se generalizou para estes fins. O sêmen descongelado não conserva totalmente as condições do em fresco, as diferenças se limitam a uma menor mobilidade dos espermatozoides, e a um menor percentual dos mesmos estarem aptos à fecundação. Com relação ao congelamento de óvulos, estes não apresentam semelhante taxa de viabilidade que o sêmen ou o embrião criopreservado. Os óvulos são células muito grandes, e tanto sua relação superfície/volume como seu conteúdo de água favorecem a formação de cristais durante o congelamento. Diante desse processo de congelamento, podem-se criar anomalias tanto físicas como químicas, porque, quando utilizados para ser fecundados, correr-se-ia o risco de criar embriões com graves anomalias genéticas. AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 57-58.

Os embriões excedentes ou excedentários são aqueles seres humanos concebidos extracorporeamente e que, não tendo sido transferidos ao útero materno, pelas mais variadas motivações, permanecem indefinidamente criopreservados no estágio de embrião pré-implantatário.

Conforme preleciona Meirelles, a criopreservação reúne alguns problemas, como:

O primeiro diz respeito ao risco a que está sujeito o próprio embrião, não pela criopreservação em si, mas pela manipulação térmica a que é submetido. O segundo, de fundo ético-legal, porquanto por meio da referida técnica torna-se possível manter o embrião vivo indefinidamente, mesmo fora do organismo materno. Essa manutenção, se por um lado ressalta a autonomia vital do novo ser (eis que sobrevivente fora do útero), por outro, evidencia a sua vulnerabilidade, passível que está o embrião congelado a uma sobrevivência indefinida ou à imediata destruição³⁴⁸.

No que tange à pesquisa, a mesma autora refere-se ao fato de os embriões serem utilizados como objeto de estudos tendentes a aprimorar as condições de seu desenvolvimento, detectar anomalias cromossômicas ou genéticas, de outro lado, tem-se notícia de seu uso como matéria-prima para experiências em indústria de cosméticos e outros fins que põem em xeque a questão ética³⁴⁹.

2.3.1 Técnica de criopreservação

A técnica de congelamento pode ser realizada em embriões no estágio de pronúcleo (zigoto unicelular), clivados (duas a oito células) ou em blastocisto (quinto dia de desenvolvimento *in vitro*), consistindo em provocar o equilíbrio gradativo dos embriões com o crioprotetor – que são substâncias utilizadas para desidratar e proteger os embriões dos possíveis danos causados pelo processo de descongelamento como o 1,2-propanediol, o dimetilsulfóxido ou o glicerol – geralmente à temperatura ambiente, para atenuar possíveis efeitos tóxicos. Depois deste equilíbrio, os embriões podem ser congelados em recipientes como, por exemplo, ampolas de vidro, tubos de plásticos ou palhetas. Ao serem acondicionados e identificados, eles são colocados num freezer biológico que, por

³⁴⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.22-23.

³⁴⁹ Ibidem, p.23-24

meio de computador, faz a temperatura cair segundo uma escala pré-programada. Após o resfriamento até aproximadamente - 40°C, os recipientes são mergulhados em nitrogênio líquido, onde ficarão com seu metabolismo estacionado à temperatura de 196°C negativos³⁵⁰.

O congelamento de embriões apresenta como vantagem ser um procedimento menos traumático para a mulher e menos custoso. Com isso, em caso de fracasso na primeira tentativa, não é necessário proceder a uma nova hiperestimulação hormonal para obter mais óvulos. Além disso, o tratamento hormonal é uma das etapas mais custosas da fertilização *in vitro*³⁵¹.

Segundo Alvarenga, a criopreservação de embriões é indicada para os casos de o número de embriões obtidos num ciclo de fertilização *in vitro* exceder o número desejado para a transferência intra-uterina imediata; na síndrome de hiperestimulação ovariana, quando a gravidez representa situação médica potencialmente arriscada; quando o endométrio se mostra inadequado à implantação do embrião; e, em programas de doação de óvulos, quando a receptora não se acha preparada para a transferência a fresco³⁵².

Ao descongelar embriões, as taxas de sobrevivência giram em torno de quarenta por cento e cem por cento, sendo que isso está relacionado, primeiramente, ao potencial biológico, antes do congelamento dos embriões. Afirma a autora, ainda, que os embriões que não sobrevivem ao serem descongelados, provavelmente seriam os mesmos que jamais teriam alcançado o desenvolvimento embrionário até a implantação³⁵³.

A taxa de gravidez com a utilização de embriões criopreservados é bem menor à obtida com embriões frescos, e um dos motivos dessa diferença ocorre pelo fato de os centros de reprodução transferirem primeiro os embriões que consideram

³⁵⁰ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.241-242.

³⁵¹ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad humana*. Tecnos: Madrid, 1998. p. 118.

³⁵² ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247. p.241. Ver glossário para o significado de endométrio.

³⁵³ Ibidem., p.242.

melhores morfológicamente e congelar os embriões considerados mais deficientes. De acordo com o registro da *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida*, dos anos de 2003 e 2004, a taxa de gravidez de embriões frescos respectivamente é de 25,8% e 24,5%, e essa taxa com a transferência de embriões criopreservados é de 12,5% e 14,3%³⁵⁴.

De igual forma, a taxa de aborto é maior quando a gravidez é obtida através da implantação de embriões descongelados, isto é, 25,8%, enquanto a taxa de aborto em gravidez com embriões frescos é de 16,2%, segundo resultados dos anos de 2003 e 2004³⁵⁵.

2.3.2 Problemas surgidos diante da criação os embriões excedentários

Há alguns problemas quanto à criopreservação e à pesquisa: os avanços alcançados pelos procedimentos de criopreservação, de intervenção e manipulação dos embriões denominados excedentários que, por sua vez, possibilitaram uma maior taxa de viabilidade depois de realizados determinados diagnósticos, a classificação dos embriões entre viáveis e inviáveis; o aumento no percentual de sobrevivência após o descongelamento; as células-tronco embrionárias presentes nestes embriões constituírem uma esperança de cura para muitas doenças, bem como sua utilização por indústrias para outros fins. Com isso, as inquietações quanto a esses embriões são cada vez maiores, dentre elas: Qual o limite de intervenção nos embriões *in vitro*? Pode-se permitir a escolha do sexo e demais características do futuro bebê? Qual o tempo máximo de armazenamento? Qual o destino a ser dado aos embriões não utilizados? A quem cabe essa decisão sobre a destinação desses embriões?

Para responder a tais questões, abordar-se-á, num primeiro momento, a possibilidade da permissão de escolha de características da futura criança, bem

³⁵⁴ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: cataloga anualmente todos os resultados das técnicas de reprodução assistida reportados pelos centros registrados. Disponível em: <<http://www.redlara.com/>>. Acesso em: 10 out. 2007.

³⁵⁵ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: cataloga anualmente todos os resultados das técnicas de reprodução assistida reportados pelos centros registrados. Disponível em: <<http://www.redlara.com/>>. Acesso em: 10 out. 2007.

como as intervenções possíveis nos embriões, incluindo o diagnóstico genético pré-implantatário. No momento posterior, tratar-se-á da destinação a ser dada aos embriões criopreservados e do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o qual permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias retiradas de embriões produzidos para a fertilização *in vitro*.

2.3.2.1 Diagnóstico genético pré-implantação

O diagnóstico genético pré-implantação surgiu recentemente com a possibilidade da micromanipulação. A técnica consiste na manipulação dos embriões antes da transferência para o útero materno ou de substituição. Retira-se uma ou mais células ou o blastômero desse embrião para realizar uma análise genética desta, podendo-se detectar o gen causador da malformação por meio da utilização de marcadores fluorescentes, seguindo a norma de prevalecer um par de cada cromossomo marcado por cor idêntica. A presença de um só cromossomo (monossomia) ou de três (trissomia) indica um grave desequilíbrio cromossomal³⁵⁶. Os embriões que possuírem algum defeito serão eliminados. Esse procedimento também permite a determinação do sexo da futura criança.

O sucesso dessa técnica depende de o blastômero removido estar intacto e apropriado para o procedimento de diagnóstico, bem como de o embrião biopsiado manter o seu potencial de desenvolvimento e implantação dentro do endométrio. Após diversos estudos, ficou demonstrado que os embriões mais indicados para o diagnóstico de pré-implantação são aqueles em divisão celular com oito células³⁵⁷.

Segundo Abdelmassih, atualmente, as três maiores aplicações do referido diagnóstico são:

- O sexo de um pré-embrião pode ser confiavelmente determinado através da FISH (fluorescent “in situ” hybridization) usando “probes” específicos para

³⁵⁶ WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 15.

³⁵⁷ ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. In: *Revista de Bioética e Ética Médica*. Vol. 9, n. 2. Conselho Federal de Medicina, 2001. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>> . Acesso em: 13 abr. 2006. p. 15-24. p. 20-21.

os cromossomos X ou Y. Dessa forma, doenças ligadas ao sexo podem ser determinadas e evitadas; • A enumeração da composição cromossômica pode ser conseguida através da FISH, permitindo, assim, a determinação da ploidia exata do pré-embrião concomitante com o diagnóstico de certas aneuploidias mais comuns. A FISH pode ser também usada para detectar anomalias cromossômicas estruturais em casos de translocações balanceadas; • Defeitos genéticos envolvendo um único gene (tais como fibrose cística, anemia falciforme, doença de Tay-Sachs) e outras doenças comuns com alterações genéticas podem ser detectadas pela PCR (Polymerase Chain Reaction)³⁵⁸.

O diagnóstico pré-implantatório pode ser um exemplo claro de como o progresso científico tem a faculdade de ser empregado tanto para o benefício quanto para propiciar condutas antiéticas. De um lado, traz como benefício a capacidade de detectar doenças genéticas que inviabilizam a vida da futura criança, isto é, evita o sofrimento desnecessário da criança e de seus pais, em sentido contrário, permite que o médico faça uma pré-seleção dos embriões a serem implantados, qualificando-os como de melhor qualidade e com maiores chances de desenvolvimento após realizada a transferência para o corpo da mulher.

Além disso, possibilita aos genitores que escolham o sexo do futuro filho por mera vontade e que saibam de possíveis anomalias corroborando para uma discriminação destes embriões e, portanto, ao seu descarte³⁵⁹. Em outras palavras, o diagnóstico pré-implantatório pode ser usado com o objetivo de selecionar características específicas dos indivíduos, ou para eliminar aqueles considerados “defeituosos”, caracterizando uma eugenia.

Dessa forma, importa questionar: qual o limite para o diagnóstico pré-implantatório que deve ser imposto? O que antes era um tratamento para auxiliar casais com problemas de infertilidade, hoje, proporciona um mercado de escolhas sem medidas, seria prudente essa escolha? O que é normal ou anormal frente às possibilidades oferecidas pela biotecnologia?

Para os defensores desse procedimento, é preferível que seja realizado o diagnóstico pré-implantatório e que não sejam transferidos os embriões

³⁵⁸ Ibidem., p. 21.

³⁵⁹ O descarte de embriões é vedado no Brasil.

considerados comprometidos ou indesejados a ser feito depois o diagnóstico pré-natal e interromper a gravidez devido à malformação fetal. Além disso, haveria a redução de abortamentos e infanticídios em função do sexo da criança³⁶⁰.

No entanto, tem-se que o diagnóstico pré-implantatório se legitima quando viabiliza uma vida melhor para todos, sem excluir ninguém. Ele é uma técnica muito importante, mas também exige muita responsabilidade e ética no seu manuseio, uma vez que deve servir para detectar problemas genéticos possíveis e auxiliar na sua prevenção da melhor maneira possível, mas não servir de instrumento para uma nova eugenia e a eliminação de vidas humanas que não disponham das características e desenvolvimento considerado normal pela sociedade e pelos cientistas.

Neste contexto, pode-se utilizar a opinião de Kottow³⁶¹ novamente, mas trazendo para o debate sobre a questão do diagnóstico pré-implantatório, sendo que, da mesma maneira, é necessário um conceito mais ético na sua aplicação. Também é importante pensar nos interesses, em primeiro lugar, do indivíduo que está sendo submetido a tal procedimento.

O Comitê de Ética das Sociedades Americanas (ASRH) considera que o diagnóstico pré-implantatório para a seleção de sexo, com o intuito de evitar doenças transmissíveis, é eticamente aceitável, pois não se trataria de discriminação de gênero, mas sim de uma maneira de garantir a saúde humana daquele embrião³⁶².

2.3.2.2 Escolha de características da futura prole

A permissão da escolha de sexo da futura criança por parte dos pais comprovaria as ações narcísicas do ser humano. A escolha do bebê perfeito pode

³⁶⁰ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. dos S.; OLIVEIRA, M. G. de (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 153-173. p. 167.

³⁶¹ Quando faz referência ao início da vida na página 26 da presente dissertação.

³⁶² BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. dos S.; OLIVEIRA, M. G. de (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 153-173. p. 168

ser concretizada através da seleção de óvulos de modelos e sêmen de gênios, aliando beleza e inteligência, características estas muito valorizadas na sociedade de hoje³⁶³.

No Brasil, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina admite a aplicação das técnicas de reprodução assistida com o intuito de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica ligada ao futuro bebê, desde que seja para evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer, ou seja, exige um motivo definido, e não a mera vontade dos pais de ter uma menina ou um menino.

A opinião de Almeida corrobora com o previsto na referida Resolução, ou seja, de que a escolha da cor da pele, olhos, sexo, estatura, etc. do filho, fruto de procedimentos de reprodução assistida, é antiética e juridicamente incorreta, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, é aceitável a escolha do sexo em situações de probabilidade da criança de determinado sexo nascer com alguma patologia genética, pois, assim, estar-se-ia visando ao benefício da criança e não ao atendimento de vaidades e caprichos dos seus genitores³⁶⁴.

A seleção “social”, quer dizer, aquela sem indicação médica, traz também como problemas éticos a discriminação de gênero, geralmente contra a mulher; como garantir o bem-estar da criança que nasce com o sexo diferente do planejado e, principalmente surge a possibilidade de desequilíbrio entre os sexos³⁶⁵. Neste ponto, deve-se sempre lembrar que a natureza possui um equilíbrio e que a intervenção em demasia pode ocasionar consequências ainda desconhecidas.

A seleção de características biológicas mostra-se muito próxima da eugenia, ou seja, os filhos somente seriam bem-vindos se possuíssem as características pré-determinadas por seus pais e pela própria sociedade. É permitir a escolha do bebê

³⁶³ CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. In: _____ (org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 18-45. p. 43-44.

³⁶⁴ ALMEIDA, Aline Mignon De. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 35-36.

³⁶⁵ A escolha de características sem indicação médica também tem recebido a denominação de seleção “social” por alguns autores. BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. dos S.; OLIVEIRA, M. G. de (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 153-173. p. 166.

perfeito, não aceitando imperfeições ou características diversas daquelas contratadas no momento da realização da procriação assistida.

E esse retorno à eugenia pela utilização das técnicas de reprodução assistida se mostra pior do que aquela almejada por Hitler, pois a seleção de características não está acontecendo em tempos de crise e em campos de concentração, mas em laboratórios perfeitamente legalizados e com o consentimento “aparente” de todos. Além disso, essa nova eugenia não está tendo por objeto apenas o embrião, de outro modo, através dele está se afetando a integridade física da espécie humana. Ainda, o homem continua agindo, mesmo desconhecendo as conseqüências a longo prazo para a humanidade³⁶⁶.

Não obstante, alguns países já estão aceitando essa seleção de sexo denominada de “social”. Um exemplo é a Associação Belga de Bioética que, no ano de 1996, publicou normas éticas para a seleção de sexo no planejamento familiar:

Considera um ato eticamente aceitável quando realizado em uma família que já possua filhos do mesmo sexo, buscando filho de gênero diferente; estabeleceu que não pode ser realizada no primeiro filho do casal e nem quando houver um equilíbrio entre a frequência de sexos na família³⁶⁷.

Silva traz exemplos dessa modalidade de seleção de características realizadas no Brasil, por exemplo, pelo banco de sêmen do Hospital Albert Einstein, que atende mensalmente dez casais interessados em recorrer às técnicas de reprodução assistida e ainda fornece esperma sob medida para os trinta e cinco maiores centros de reprodução humana do país. Tal banco de sêmen oferta publicamente inúmeras e variadas opções de escolha aos casais indiferentes à problemática de acarretar a eugenia. Neste lugar, por exemplo, o doador número 57 é definido como caucasiano, espírita, a cor da pele é branca e os cabelos pretos e lisos, possui olhos verdes, 1,68 metros de altura e 57 quilos. Explica ainda que faz

³⁶⁶ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad humana*. Tecnos: Madrid, 1998. p. 73-76.

³⁶⁷ BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. dos S.; OLIVEIRA, M. G. de (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 153-173. p. 166.

mestrado em engenharia eletrônica e seus *hobbies* são ciclismo, *trekking* e natação, enquanto o doador número 88 tem cabelos loiros, olhos castanhos e é músico³⁶⁸.

Dessa forma, coloca à disposição características que os futuros filhos podem ter, conforme o desejo do casal e, no caso de produção independente, possibilita que a mulher escolha o doador que tenha as características que ela gostaria que seu possível marido possuísse.

É óbvio que se tem conhecimento de que muitos centros de reprodução humana procuram adequar as características físicas do doador ou doadora anônima para que sejam as mais semelhantes com o do casal infértil, sendo esta uma atitude aceitável e recomendável. Contudo, o que não se pode permitir é a escolha de características mais específicas como, por exemplo, grau de instrução, talento para música, pintura, literatura etc. O biótipo do doador deve ser sempre semelhante ao do casal receptor, mas não se deve autorizar que o casal “construa” seu filho com as características que desejar.

É preciso ter presente que o progresso técnico-científico está possibilitando a formação de criança conforme o planejamento dos futuros pais. De igual forma, é possível escolher as características de qualquer produto que se vai adquirir no comércio. Hipótese esta impossível de ser aceita do ponto de vista ético e também jurídico. O ser humano tem uma dignidade, um fim em si mesmo e não pode se deixar que ele seja transformado também em objeto apropriável, como tudo o que está ao nosso redor, como já ocorreu com a natureza e outros organismos vivos. A vida de qualquer pessoa não pode ser valorada pelas características que possui. Todas elas têm o mesmo valor e a mesma dignidade.

2.3.2.3 Tempo de criopreservação e a destinação dos embriões excedentes

Outro problema a ser discutido pela sociedade, em todas as suas esferas e normatizado pelo Direito, diz respeito ao período máximo de congelamento que será

³⁶⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 311.

permitido aos embriões excedentes, a sua destinação e a quem cabe tomar essa decisão acerca de sua disponibilidade.

O Relatório Warnock estipulou o prazo de cinco anos como máximo para o armazenamento de embriões, entretanto, importa ressaltar que esse prazo foi estipulado arbitrariamente, sem qualquer estudo acerca da viabilidade desses embriões se congelados por períodos superiores³⁶⁹. Atualmente, os prazos de criopreservação desses embriões variam de país para país³⁷⁰.

No Brasil, a Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, nada menciona sobre o prazo da criopreservação, apenas afirma que o número total de embriões produzidos em laboratório deverá ser comunicado aos pacientes, e o excedente deve ser criopreservado, assim como impede o descarte ou destruição de embriões. O projeto de lei nº 1135, de 2003, prevê que, após três anos de criopreservação, os gametas ou embriões ficariam à disposição dos beneficiários, doadores ou depositantes submetidos a procedimentos de reprodução assistida, os quais poderão descartá-los ou doá-los. Por sua vez, o projeto de lei nº 2855, de 1997, determina que o prazo de criopreservação será de até cinco anos, salvo manifestação contrária. Os demais projetos, em sua maioria, em tramitação, defendem que o tempo de criopreservação será estipulado em regulamento.

No ano de 2005, foi aprovada a nova Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005 – a qual regulamenta sobre os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) e seus derivados, sendo que tratou, em um único dispositivo, da pesquisa com embriões humanos, mesmo não sendo este o intuito da referida Lei. Ao que

³⁶⁹ Nos EUA, utilizaram embriões com 7 e 8 anos de congelamento, sem que se tenham evidenciados problemas no desenvolvimento dos bebês que foram gerados e nasceram normalmente. A legislação inglesa permite o congelamento de embriões por um prazo de 5 anos e, em 1996, mais de 3.000 embriões foram condenados à destruição. Este episódio comoveu a opinião pública, e começou-se a discutir o melhor destino a ser dado aos embriões não utilizados. ALMEIDA, Aline Mignon De. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 29. De acordo como José Roberto Goldim, esse critério foi arbitrariamente estabelecido, com base em estudos de embriologia animal, especialmente em gado bovino. GOLDIM, José Roberto. O que é o embrião. In: KIPPER, D. J.; MARQUES, C. C.; FEIJÓ, A. (org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 55-59. p. 57.

³⁷⁰ França, Reino Unido, Suíça e Argentina (5 anos); Finlândia, Israel, Espanha (10 anos); Suécia (2 anos); Dinamarca (1 ano); Japão e Estados Unidos (a criopreservação se mantém enquanto vivo for o doador). SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 303-304.

parece, tal artigo foi acrescentado a essa legislação, sem que fossem resolvidas ou sequer discutidas questões anteriores, como a definição da natureza jurídica desses embriões, sem que fossem apresentados estudos técnicos sobre a viabilidade e a integridade de embriões congelados pelo prazo superior de três anos.

O prazo de três anos, de forma semelhante ao ocorrido no Relatório Warnock, foi estipulado de maneira aleatória, a fim de atender à ânsia de cientistas e grandes laboratórios na obtenção de células-tronco embrionárias para a realização de pesquisas. Antes da aprovação da Lei de Biossegurança, acreditava-se, segundo dados divulgados por uma revista de circulação nacional, já existirem vinte mil embriões congelados no Brasil. Não obstante, quando da aprovação da referida legislação, descobriu-se que há somente três mil embriões congelados nas clínicas³⁷¹.

O artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 não prevê um período máximo para a criopreservação dos embriões *in vitro*, somente se presta a autorizar a destinação para pesquisa de embriões que sejam resultado de tratamentos de fertilização *in vitro*; os embriões considerados inviáveis ou que não tenham sido implantados no corpo da mulher, durante o procedimento de reprodução assistida, desde que congelados há mais de três anos; requer, ainda, o consentimento dos genitores; e, que por fim, a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição.

Para promover uma melhor discussão e entendimento sobre o que dispõe esse artigo 5º, é necessário, antes, explicitar o significado de alguns conceitos, como o de células-tronco adultas, células-tronco embrionárias e embriões inviáveis. As células-tronco adultas são encontradas na medula óssea, no cordão umbilical e na placenta, têm como característica ser pluripotentes, isto é, conseguem se transformar em alguns tecidos do nosso corpo, podendo até mesmo salvar vidas. Segundo estudos

³⁷¹ BRAZ, Marlene. Bioética e Reprodução Humana. In: SCHRAMM, Fermin Roland (Org.). *Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 169-194. p. 186. Recentemente foi noticiado pela imprensa escrita o nascimento, no dia 13 de agosto de 2007, de um menino gerado a partir de um embrião congelado durante oito anos, no Centro de Reprodução Humana (CRH) Dr. Franco Júnior, em Ribeirão Preto, no interior de São Paulo. Disponível em: <http://www.ghente.org>> Acesso em: 30 out. 2007.

ainda em andamento podem ser aplicadas em doenças como AVC (acidente vascular cerebral), doença de chagas, diabetes tipo 1, esclerose, leucemia, etc³⁷².

As células-tronco embrionárias são obtidas por meio de embriões na fase de blastocisto. Sua característica é a de ser totipotente, ou seja, conseguem se transformar em qualquer um dos cerca de duzentos e vinte tecidos humanos. Para os defensores da utilização dessas células, a vantagem consiste nas maiores chances de êxito em tratamentos de doenças degenerativas, lesões medulares, dentre outras³⁷³.

Os embriões inviáveis são

aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião³⁷⁴.

Nesse ínterim, importa enfatizar que tal artigo está sendo questionado perante o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510 –, proposta pelo ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, insurgindo-se contra a íntegra do artigo 5º, especialmente no que tange à permissão de utilização de células-tronco retiradas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno para fins de pesquisa terapêutica.

³⁷² LEMOS, D. C. de A.; GONÇALVES, C. M.. Células-tronco embrionárias: polêmica reaberta. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 212-217. p. 212.

³⁷³ Ibidem., loc.cit. Conforme Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, as células-tronco embrionárias são células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo. BRASIL, Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2007

³⁷⁴ Conceito conforme o Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. BRASIL, Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

A tese central da mencionada ADI 3510 se consubstancia de que a “vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, dessa forma, alega a inobservância dos princípios constitucionais que consagram o direito à vida (art. 5º, *caput*) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Além disso, afirma, através de estudos de diversos cientistas, que os avanços alcançados são muito mais promissores na pesquisa científica com células-tronco adultas do que na com as embrionárias.

Em lado oposto, Barroso defende que a Lei de Biossegurança, embora tenha permitido a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, vedou práticas eticamente condenadas pela comunidade científica internacional. Ela proibiu expressamente a clonagem humana, o risco da eugenia, o temor da criação de um mercado de embriões e tecidos humanos, quando proibiu e tipificou como crime tais condutas³⁷⁵. Acrescenta, ainda, que, em setembro de 2003, o Brasil, juntamente com academias de ciências de 63 países, firmou um documento no qual assume posição contrária à clonagem reprodutiva, todavia favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias³⁷⁶.

Refletindo sobre o argumento defendido por Barroso, há que se indagar: Apenas tipificando como crime a comercialização de embriões e tecidos humanos, a referida Lei terminou com a possibilidade de um mercado de seres humanos? No momento em que permitiu expressamente a pesquisa com células-tronco

³⁷⁵ Lei nº 11.1105/2005 – Art. 5º[...] § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

Art. 6º Fica proibido: [...] III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 6º Fica proibido: [...] IV – clonagem humana; Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. BRASIL, Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Nos Limites da Vida, Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Editora: Lumen Júris, 2007. p. 241-263. p. 249-250.

embrionárias, não acabou estimulando o mercado ávido por mais material para ser pesquisado?

Na opinião de Almeida, com a qual se concorda, seria

[...] impossível uma neutralidade nas pesquisas científicas, principalmente quando estas se relacionam com os seres humanos, pois quem pesquisa é um cientista, que é um ser humano, e as conclusões de seu estudo relacionam-se direta ou indiretamente com ele mesmo.

As ciências, em princípio, são inofensivas, não oferecem perigo algum. Os cientistas que trabalham com as descobertas científicas aplicam os resultados destas pesquisas e sua destinação tanto para o bem quanto para o mal. Os cientistas, por serem seres humanos, têm também sua vaidade pessoal e profissional, assim como o desejo de ganhar muito dinheiro, e podem se “vender” para fins que não sejam o bem da humanidade³⁷⁷.

Ademais, será que a existência de previsão como crime, assim como as baixas penas previstas para serem aplicadas aos infratores, serão obstáculos, haja vista que a possibilidade de lucro é muito alta? As cifras envolvidas nesse negócio fazem valer a pena correr o risco.

A iniciativa privada é a maior investidora na área da pesquisa e está sempre visando ao lucro que os resultados podem trazer. O primeiro objetivo das pesquisas é o lucro, e o bem social que elas podem gerar é deixado em segundo plano. Todavia, ao contrário do que ocorre, as biotecnologias precisam, num primeiro momento, de uma regulamentação que atenda ao controle social e à ética destas novas descobertas; num segundo, que seja capaz de conter práticas racistas, sexistas e genocidas; por fim, que garanta compensação financeira àqueles que pesquisam e descobrem. Ou seja, faz-se necessária uma legislação especial que contemple todos estes interesses em conjunto³⁷⁸.

Além disso, não se pode esquecer da realidade brasileira, na qual existe uma distribuição de renda desproporcional. Dessa forma, os parâmetros norteadores dessa legislação, sobre a qual nos propomos refletir, devem considerar tais fatores. Todo o desenvolvimento técnico-científico é extremamente caro, assim, as descobertas e os benefícios ficam restritos à minoria da população, que possui

³⁷⁷ ALMEIDA, Aline Mignon De. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 16.

³⁷⁸ ALMEIDA, Aline Mignon De. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 14-15.

poder aquisitivo. Esse progresso científico, ao mesmo tempo em que proporciona avanços fantásticos nas áreas da biologia e da medicina, restringe o acesso destas descobertas a poucos privilegiados, que podem pagar por essas descobertas.

Diante da extrema relevância e dos debates acalorados sobre o assunto com a propositura da referida ADI, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez em sua história, convocou uma audiência pública para ouvir opiniões de renomados especialistas acerca das pesquisas com células-tronco. Igualmente, foi utilizado, pela primeira vez, o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99³⁷⁹.

Nesta audiência, foram ouvidos vinte e dois especialistas que se dividiram em dois grupos, sendo um a favor do uso de células-tronco embrionárias e o outro contra essa utilização para fins de pesquisa. De forma sintética, serão expostos alguns dos argumentos considerados principais e defendidos por cada grupo. Entretanto, sem nenhuma dúvida, a decisão acerca dessa ADI proferida pelo STF trará conseqüências para as técnicas de reprodução assistida e conseqüentemente poderá impulsionar o risco de uma mercantilização do ser humano.

Os especialistas favoráveis às pesquisas com células-tronco embrionárias, obtidas através de embriões humanos, defendem que: a) as células-tronco adultas não servem para o tratamento de doenças genéticas porque todas as células do corpo de um paciente doente apresentam o mesmo erro genético, bem como não funcionam no tratamento de neurônios; b) pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado, por si só, não é vida, se não for transferido para o útero; c) não é verdadeiro um dos argumentos utilizados por parte dos que são contra o uso das células de embriões: de que estas células não seriam necessárias, pois benefícios

³⁷⁹ Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, **em audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. BRASIL, Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2007.

clínicos poderiam ser conseguidos com as células adultas. Segundo Voltarelli, "Em países onde a pesquisa com células-tronco adultas estão mais adiantadas, chegou-se a conclusão de que as células-tronco embrionárias são muito necessárias"; d) é uma falácia a afirmação de que células-tronco embrionárias se transformam em tumor. Em condições normais, as células-tronco embrionárias humanas não se transformam em tumor. Não se pode comparar o estudo em camundongos com o estudo em humanos; e) é necessário trabalhar com todos os tipos de células-tronco, para se saber que tipo de célula pode ser capaz de resolver determinada doença, pois nenhum cientista, hoje, pode dizer que se pode abrir mão de algum tipo de células-tronco, já que precisamos de mais pesquisas; f) a Lei 11.105/05, questionada na ADI, determina que a pesquisa com células-tronco será preferencialmente conduzida com embriões inviáveis, ou seja, "embriões para os quais não há como se imputar a tese da potencialidade de vida"³⁸⁰.

Os argumentos defendidos pelos especialistas contrários a essas pesquisas foram, em suma: a) há um embasamento científico claro de que a vida humana começa na fecundação.No primeiro momento, na fecundação, já estão definidas as características únicas de um indivíduo.Todas as suas características genéticas estão reunidas, portanto, o embrião já é um indivíduo, sem cópia igual; b) a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo que começa a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. A mudança por que passamos ao longo da vida é apenas funcional,e não genética; c) o início da vida se dá na fecundação, porque, cerca de 2 a 3 horas depois, o embrião já se comunica com a mãe; d) a células-tronco parcialmente, ou mesmo totalmente diferenciadas, podem voltar a assumir sua característica original de célula pluripotente. Essa foi a primeira demonstração comprovada, em animais, de que se pode transformar células-tronco adultas em células com características embrionárias; e) tanto no homem como na mulher, temos experiências com células germinativas (já diferenciadas) que podem ser revertidas em células com características de células embrionárias, pluripotentes, que podem ser utilizadas na medicina regenerativa; f) até o momento, as terapias com células-tronco embrionárias e as experiências com clonagem não apresentaram

³⁸⁰ Os especialistas ouvidos foram: Mayana Zatz, Patrícia Helena Lucas Pranke, Lúcia Braga, Stevens Rehen, Rosália Mendez Otero, Júlio César Voltarelli, Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, Lygia V. Pereira, Luiz Eugênio de Moraes Mello e Débora Diniz. MONTENEGRO, Karla Bernardo. "Início da vida" no STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> . Acesso em 21 abr. 2007.

nenhum resultado importante; g) o embrião cresce por ele mesmo, não dependendo da intervenção humana. Após o quinto dia, se este embrião não for transferido para o útero da mãe ele morre, mas o seu desenvolvimento até este dia é autônomo; h) em relação à prática médica e pesquisa com embriões, o mestre em cirurgia geral, Rodolfo Acatauassú Nunes, destacou que a tendência atual na pesquisa é o respeito absoluto ao ser humano e que, cada vez, os comitês de ética estão mais rigorosos, para o bem dos pacientes. Ele afirmou que “não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso e da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que irá inviabilizar a sua vida, ainda que o seu prognóstico seja incerto, pois mesmo que o seu prognóstico seja incerto, não temos essa autoridade”; i) observa-se uma tendência crescente de se evitar o embrião excedente, entre outras razões, para diminuir a possibilidade de comércio dos embriões. Parece preferível deixar aos embriões pelo menos a possibilidade de completar o seu desenvolvimento através de seus genitores ou eventualmente por adoção³⁸¹.

Constata-se, dos argumentos favoráveis e contrários às pesquisas que, ambos os grupos são unânimes em um ponto, qual seja, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não apresentaram nenhum resultado concreto. Os especialistas favoráveis à constitucionalidade da Lei de Biossegurança, ao que se percebe, se restringem a solicitar a continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias, com o intuito de conseguirem chegar a possíveis curas para doenças neurológicas degenerativas e medulares. Eles procuram não discutir o início da vida, defendendo alguns apenas que a vida começa após a implantação no ventre materno.

De outro lado, os especialistas defensores da inconstitucionalidade da citada lei são da opinião unânime de que a vida inicia com a fecundação e relatam experiências realizadas envolvendo células adultas passíveis de serem revertidas com características das células embrionárias.

Recentemente, foi noticiada pela mídia televisiva e impressa a descoberta feita por duas equipes de pesquisadores – uma americana, outra japonesa –, que

³⁸¹ Os especialistas ouvidos foram: Lenize Aparecida Martins, Cláudia Maria de Castro Batista, Lílian Piñero-Eça, Alice Teixeira Ferreira, Marcelo Vaccari Mazetti, Elisabeth Kipman Cerqueira, Rodolfo Acatauassú Nunes, Herbert Praxedes, Dalton Luiz de Paula Ramos e Dr. Rogério Pazetti. MONTENEGRO, Karla Bernardo. “Início da vida” no STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> . Acesso em 21 abr. 2007.

conseguiram criar células-tronco com as mesmas características de células embrionárias, a partir de uma célula de pele humana adulta. Segundo os cientistas, a nova técnica possibilita o avanço no tratamento de inúmeras doenças e torna desnecessária a clonagem humana para fins terapêuticos³⁸².

Ante esta discussão, faz-se necessário ao direito, dialogando com a ética, pensar e determinar o momento em que a vida humana merece proteção jurídica de acordo com os preceitos constitucionais eleitos pela nossa sociedade, uma vez que, apenas havendo a ponderação entre tais preceitos e os conhecimentos fornecidos pelas demais ciências, poder-se-á decidir sobre os valores imprescindíveis para esta e as futuras gerações. Valores estes que deverão delinear a normatização acerca da reprodução humana assistida em todos os seus aspectos.

³⁸² Descoberta revolucionária nas pesquisas de células-tronco. Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Jornalismo/JN/0,,AA1662584-3586,00.html>> Acesso em: 20 nov. 2007.

3 REFLEXÕES BIOÉTICA E JURÍDICAS: CONTRIBUIÇÕES PARA A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida, como já pontuado anteriormente no decorrer da presente pesquisa, é um assunto extremamente complexo e que prescinde de uma análise sistêmica de várias áreas do conhecimento, como a Psicologia, a Medicina, a Biologia, a Filosofia, a Bioética e o Direito. Sendo este último o responsável pela normatização, imposição de princípios, regras e limites para as condutas humanas.

A ciência jurídica, por si só, ao que parece, não está preparada para enfrentar e definir o que é ético ou antiético diante dos constantes progressos biotecnológicos, portanto, para que haja a possibilidade da criação de regras mais eficazes, especialmente quanto à procriação assistida, faz-se importante o estudo conjunto dos princípios bioéticos e do princípio basilar da Constituição Federal de 1988, que é a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, espera-se poder contribuir ao menos com um caminho para uma futura legislação de proteção integral a todo ser humano-pessoa.

3.1 A contribuição dos princípios bioéticos

A título de introdução, antes de tratar propriamente dos princípios, é preciso definir o que se entende por Bioética. E a partir da determinação do significado da Bioética, pode-se enumerar os princípios bioéticos e em que consiste cada um deles. Assim como, indicar as suas contribuições para o Direito no que tange as técnicas de reprodução assistida e uma futura legislação.

3.1.1 Bioética e seu significado

O termo Bioética³⁸³ foi introduzido em 1971, por Van Rensselaer Potter, no seu livro *Bioethics: bridge to the future*, e referia-se à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida. Significado este diverso do aceito atualmente.

A definição inicialmente dada por Potter à bioética foi a de “ciência da sobrevivência humana”, numa perspectiva de promover e defender a dignidade humana e a qualidade de vida, ultrapassando o âmbito humano e abrangendo a realidade cósmico-ecológica³⁸⁴. Ele não reduzia a Bioética ao enfoque médico.

Segundo a interpretação de Junges, para Potter, a Bioética

é uma sabedoria biologicamente fundada: um conhecimento de como usar o saber para o bem da sociedade. Propõe que esse saber seja organizado em termos de sobrevivência e progresso da vida da humanidade. Isso engloba aspectos fisiológicos, evolutivos e culturais. Nesse sentido, é necessário criar grupos interdisciplinares de pesquisa que possam individuar os componentes da nossa cultura que ameaçam a convivência e destroem o meio ambiente³⁸⁵.

Em sentido estrito, Bioética é derivada das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética), significando a ética da vida. A *Encyclopedia of bioethics* de 1978 também definiu a Bioética como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”.

A segunda edição da *Encyclopedia of bioethics*, em 1995, conceituou de forma diversa a Bioética como “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde,

³⁸³ Alguns autores defendem a utilização da expressão Ética Médica como mais adequada, no entanto o termo bioética parece já estar consagrado.

³⁸⁴ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. *Problemas atuais de Bioética*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005. p. 15.

³⁸⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 19.

utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”³⁸⁶. Esse segundo conceito é mais amplo do que aquele constante na primeira edição da referida enciclopédia, ou seja, trouxe à discussão a necessidade de a Bioética ser vista num contexto interdisciplinar e não apenas da moral.

³⁸⁶ Ibidem., 21.

Outra definição que merece atenção é a de Pessini e Barchifontaine, para os quais a Bioética, num horizonte amplo, pode ser um

[...] debate sobre as recentes descobertas tecnocientíficas em biologia, biofísica, bioquímica, genética e ciências médicas que trazem novos problemas às ciências humanas dos valores éticos, das convicções milenares de pessoas, escolas filosóficas, teológicas e jurídicas que tratam do sentido da vida e da morte, da convivência política e da relação da natureza com o ser humano¹⁹⁶.

Importante dizer que temas bioéticos não possuem normas únicas capazes de resolver as diferentes situações que possam se apresentar. Para uma melhor compreensão do que a Bioética exige, é preciso também entender o momento atual da cultura e da civilização, juntamente com os direitos eleitos como imprescindíveis para este mesmo período.

O pluralismo ético e a diversidade de valores morais dominantes, seja em sociedade de países diferentes, seja dentro de uma mesma sociedade, como ocorre no Brasil, torna difícil a obtenção de soluções harmônicas e aceitáveis por todos para enfrentar os problemas bioéticos. De outro lado, em virtude da necessidade de uma teoria, de princípios acessíveis e de fácil difusão na prática biomédica, surgiu o principialismo como o método para a resolução desses conflitos éticos.

Por este motivo, optou-se por trabalhar, na presente pesquisa, com os princípios, relacionados na ótica principialista. Esses princípios surgiram a partir do *Relatório Belmont*¹⁹⁷, elaborado por uma comissão nacional criada pelo Congresso

¹⁹⁶ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. *Problemas atuais de Bioética*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005. p.177.

¹⁹⁷ Particularmente três casos fizeram a opinião pública exigir uma regulamentação ética, são eles: "1) Em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas, em Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; 2) Entre 1950 a 1970, no hospital estatal de Willowbrook (NY) injetaram o vírus da hepatite em crianças retardadas mentais e 3) Desde os anos 30, mas divulgado apenas em 1972, no caso de Tuskegee study, no estado do Alabama, 400 negros sífilíticos foram deixados sem tratamento para a realização de uma pesquisa da história natural da doença. A pesquisa continuou até 1972, apesar do descobrimento da penicilina". Idem. *Bioética: do Principialismo à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana*. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 81-98. p. 82. Depois de quatro anos de trabalho, a Comissão propôs três princípios como fundamentais (da autonomia, da beneficência e da justiça), apesar de reconhecer que outros princípios também poderiam ser relevantes. O Relatório Belmont foi promulgado oficialmente em 1978 causando grande impacto. PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. op. cit. p. 57.

dos Estados Unidos, que tinha como preocupação precípua o controle de pesquisas com seres humanos, e da obra *Principles of biomedical Ethics*, de autoria de T. L. Beauchamp e de J. F. Childress. O Relatório Belmont enumerou três princípios, a saber: o do respeito às pessoas ou da autonomia, o da beneficência e o da justiça. De outra parte, Beauchamp e Childress acrescentaram mais um princípio aos três mencionados, isto é, o princípio da não-maleficência.

Cabe a ressalva que, embora se tenha escolhido trabalhar sob a ótica da bioética principialista, harmoniza-se com a opinião de Pessini e Barchifontaine, sobre a necessidade de elaborar uma bioética latino-americana voltada à vida, aos valores históricos, culturais, sociais e religiosos destes povos, bem como considerar os inúmeros problemas sociais que os afligem, precisando dar maior atenção a valores como a equidade, a justiça e a solidariedade¹⁹⁸.

No mesmo sentido, Junges afirma que a América Latina convive com a pobreza e a exclusão. De um lado, há uma classe que dispõe de serviços médicos semelhantes aos dos países desenvolvidos, de outro, existe a maioria da população sem acesso a recursos mínimos na área da saúde e incapaz de exigir este e outros direitos. A Bioética latino-americana precisa lidar com questões macroéticas do contexto socioeconômico, lugar onde se encontra a principal causa dos problemas de saúde, no entanto, tal posição não deve negar a importância do cuidado da vida e da saúde de cada pessoa¹⁹⁹.

É imprescindível que se pense a bioética e os seus princípios dentro da realidade brasileira, que seja compatível com a cultura, a exclusão e a desigualdade social existente. A bioética não pode ser vista somente com a percepção dos norte-americanos de maior respeito ao princípio da autonomia e nem dos europeus, que têm uma efetiva preocupação para que o princípio da justiça seja respeitado²⁰⁰.

¹⁹⁸ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. *Problemas atuais de Bioética*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005. p. 55.

¹⁹⁹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 24-27.

²⁰⁰ “A perspectiva anglo-americana é mais individualista do que a européia, privilegiando a autonomia da pessoa. Está prioritariamente voltada para microproblemas, buscando soluções imediatas e decisivas das questões para um indivíduo. A perspectiva européia privilegia a dimensão social do ser humano, com prioridade para o sentido da justiça e equidade, preferencialmente aos direitos individuais. A bioética de tradição filosófica anglo-americana desenvolve uma normativa de ação que,

3.1.2 Os princípios bioéticos e sua contribuição para a reprodução assistida

Adentrando especificamente nos princípios bioéticos, tratar-se-á do princípio da autonomia, da beneficência, da justiça – conhecidos também por trindade bioética – e o da não-maleficência, assim como a forma de contribuição destes para a reflexão e regulamentação dos inúmeros problemas advindos do desenvolvimento e aplicação das técnicas de reprodução assistida.

O princípio do respeito às pessoas ou da autonomia consiste em reconhecer o direito de escolha das pessoas, a autonomia quanto a sua vontade e seus atos. O médico deve respeitar a vontade do paciente em submeter-se ou não a determinado tratamento médico. O referido princípio remonta à história do pensamento ético do século XVII e XVIII, especialmente às idéias de Locke e Kant. Um dos possíveis enunciados para o princípio da autonomia poderia referir-se à visão kantiana da pessoa como “ser moral, em sua forma mais simples de expressão e compreensão, reside em sua dignidade e liberdade para tomar decisões e, por isso, merece respeito”²⁰¹.

O paciente, devido a sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir sobre a aceitação ou rejeição do que se quer fazer com ele, seja no que tange ao diagnóstico como da terapêutica. As escolhas feitas pelo paciente não devem ser constrangidas por outros, mesmo que visando ao bem do sujeito²⁰². Deste princípio derivam duas situações, a saber: a primeira é o consentimento informado; a segunda, o de tomar decisões de substituição.

enquanto conjunto de regras que conduzem a uma boa ação, caracterizam uma moral. A bioética de tradição européia avança numa busca sobre o fundamento do agir humano. Para além da normatividade da ação, em campo de extrema complexidade, entreve-se a exigência da sua fundamentação metafísica”. BARCHIFONTAINE, C. de P. de; PESSINI, L.. Bioética: do Princípio à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 81-98. p. 90.

²⁰¹ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 167.

²⁰² JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 42.

Segundo Barreto e Braga, ao dissertar sobre o conceito de consentimento, informado no *Dicionário de Filosofia do Direito*²⁰³, referem que o consentimento informado ocorre no contexto de também duas situações, isto é, a terapêutica e a experimentação humana. Na terapêutica, o consentimento informado pode ser definido “como o ato pelo qual o paciente autoriza o médico a avaliar, medicar e praticar os procedimentos necessários para um tratamento específico”. No caso da experimentação humana, o consentimento significa “o ato dado por um indivíduo ou grupo de indivíduos para que seja submetido a *testes terapêuticos* com vistas a averiguar a eficácia de um medicamento ou, então, para serem objetos de pura investigação científica”.

A situação de tomar decisões de substituição se refere às pessoas que não têm condições para decidir de forma autônoma, seja porque são imaturas, incapazes ou passíveis de sofrer coerção por outros. Nestes casos, a quem cabe tomar as decisões?

Primeiramente, é preciso destacar que o interesse do paciente deve estar acima do interesse dos familiares, da pesquisa científica, dos interesses do mercado, da sociedade ou de qualquer outra área ligada à saúde. O interesse daquele que será submetido a determinado tratamento terapêutico ou experimentação humana deve ser considerado antes de qualquer outro interesse ou justificativa. Os responsáveis pela decisão devem considerar os interesses do ser

²⁰³ BARRETO, V. de P.; BRAGA, R.. Consentimento informado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139-144. p. 141. O pedido de consentimento na situação terapêutica deve explicitar os seguintes elementos: a) o tratamento proposto, o que implica a compreensão pelo paciente do diagnóstico e do prognóstico; b) os efeitos secundários possíveis associados ao tratamento; c) em qual medida os riscos serão compensados pelos benefícios do tratamento proposto; d) os principais tratamentos alternativos e seus efeitos secundários, seus riscos e benefícios respectivos; e) a duração aproximada do tratamento e as exigências que lhe acompanham, como a duração prevista de internação hospitalar. Com relação à experimentação humana, o consentimento informado deve atender os seguintes requisitos: a) exposição sintética dos objetivos da experimentação, o seu interesse terapêutico e os objetivos científicos; b) explicitação dos efeitos secundários e os riscos possíveis da molécula experimentada e daquelas utilizadas no tratamento de referência; c) o método a ser utilizado e explicando como serão realizadas a randomização (distribuição ao acaso dos tratamentos no conjunto dos sujeitos da pesquisa), o duplo desconhecimento (o paciente e o médico mantêm-se na ignorância do tratamento dado), quais as características do placebo utilizado ou medicamento de referência; d) o tempo de duração da pesquisa, as previsões de hospitalização e os tratamentos a que o sujeito deverá ser submetido; e) a possibilidade de recusa a participar na pesquisa; f) a possibilidade de abandonar a qualquer tempo a pesquisa. BARRETO, V. de P.; BRAGA, R.. Consentimento informado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139-144. p. 143-144..

humano, que deverá ser submetido aos procedimentos médicos em primeiro lugar, posto que nenhum ser humano pode ser instrumento ou meio, mas sim um fim em si mesmo.

A própria Carta Magna assegura o direito à autonomia a todos os cidadãos ao indicar que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o art. 5º, inciso II.

Especificamente no que tange à reprodução medicamente assistida, o princípio da autonomia se presta a defender interesses e direitos, que em certo momento, podem se mostrar conflitantes. De um lado, existe a autonomia do casal, que deseja gerar seu próprio filho por meio da utilização da reprodução assistida. Uma vez devidamente informados sobre os procedimentos, as chances e os riscos a que irão ser submetidos e, mesmo assim, expressar a sua vontade por meio do termo de consentimentos informado junto ao centro de reprodução, não deveria haver qualquer problema. Todavia, na maioria das vezes, esses casais estão passando por diversos sentimentos conflitantes e só desejam ter a criança que não puderam conceber da forma natural, não se importando com as dificuldades que terão de enfrentar para obtê-la.

Se, de um lado, já existe o sofrimento do casal, de outro, também existe o interesse da “indústria de bebês”, que, apesar de informar corretamente, na maior parte dos casos, também vende a capacidade de proporcionar ao casal o filho sonhado, contribuindo para que estes casais, mesmo que, de modo inconsciente, ignorem os riscos e os baixos índices de sucesso ainda conseguidos com o emprego de tais técnicas.

Outro ponto a ser questionado envolvendo o princípio da autonomia é quanto aos embriões advindos da procriação assistida e a sua destinação, posto que eles não têm como expressar a sua vontade. Dessa forma, os genitores teriam o direito de determinar o seu destino? Os fetos, as crianças, já são considerados vulneráveis, e o que se poderá dizer quanto ao embrião humano? Os genitores podem autorizar a doação desses embriões para pesquisas, como permite a Lei de Biossegurança? É eticamente aceitável e deverá ser declarada, de acordo com a Constituição

Federal, esse tipo de pesquisa, a qual, para ser realizada, implica a destruição desse embrião *in vitro*?

O homem, a cada dia, pode escolher entre aqueles que podem continuar o seu desenvolvimento e aqueles que não podem. O princípio da autonomia deve ser pensado sobre esses dois aspectos, considerando a situação do casal e como atender a sua vontade, ao mesmo tempo em que deverá proteger o embrião, já que este também já possui uma identidade genética irrepetível.

Beneficência, em seu significado filosófico moral, significa fazer o bem. Ele está fundado na tradição hipocrática. De acordo com o Relatório Belmont, o princípio da beneficência, em sentido estrito, deve ser entendido como uma dupla obrigação, em primeiro lugar a de não causar danos e, em segundo lugar, a de maximizar o número de possíveis benefícios e a de minimizar os prejuízos²⁰⁴.

Junges pondera que a beneficência não inclui somente a atitude de impedir ou remover danos e promover benefícios, mas também equilibrar os possíveis bens com os possíveis danos de uma ação. Para ele, o referido princípio é composto por dois subprincípios: “prover benefícios e ponderar benefícios e danos”²⁰⁵.

Continua o referido autor explicando que, no contexto das pesquisas médicas, o princípio da ponderação de riscos e benefícios deve determinar se pesquisas perigosas para as pessoas e a sociedade podem ser desenvolvidas. Além disso, defende que o critério para a aceitação deste tipo de pesquisa

é se os benefícios substanciais para as pessoas e a sociedade excedem o perigo de danos para os indivíduos envolvidos na experiência. [...] Se os riscos do procedimento forem razoáveis, ou proporcionais em relação aos benefícios esperados e a exigência do consentimento informado for respeitada, então, a pesquisa é moralmente lícita²⁰⁶.

²⁰⁴ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 63

²⁰⁵ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 47

²⁰⁶ Ibidem., p. 48-49.

De outra parte, é preciso frisar que, diferentemente do Relatório Belmont, a obra de Beauchamp e Childress considera importante não causar danos como pertencente a um princípio diverso do princípio da beneficência.

O princípio da beneficência propugna o atendimento dos interesses dos indivíduos, a promoção da saúde e prevenção da doença e, sempre que possível, que seja evitado o dano. Esse princípio, assim como os demais, não é absoluto, apresentando como um dos primeiros limites a dignidade individual intrínseca de todo o ser humano. Em outras palavras, em diversas situações, a aplicação de determinado tratamento médico pode não contribuir para a saúde do paciente, mas, em prol do bem da sociedade, ele pode ser oferecido como um sujeito de pesquisa, todavia, nesse contexto, sua dignidade como ser humano estaria sendo desrespeitada.

Na opinião de Clotet, com o qual se concorda, considerando o princípio da beneficência, a justificativa de realizar determinada pesquisa para o bem da humanidade, para salvar ou melhorar a vida de pessoas portadoras de doenças ou de deficiências, não é aceitável se utilizada outra vida humana, mesmo que seja de um nascituro ou de um embrião no caso da reprodução assistida²⁰⁷.

Outrossim, sobre a realização do projeto parental, também há que se examinar cuidadosamente as conseqüências que terá para o casal, seja na sua vida íntima, seja no âmbito social, o emprego de tais procedimentos para a procriação. Questiona-se se é a opção mais aconselhável, posto que o insucesso do tratamento pode ser interpretado pelo casal como um duplo fracasso. Isso porque, além de serem inférteis, não terem conseguido o filho nem através dos avanços técnico-científicos disponíveis. Cabe lembrar ainda que a saúde deve ser apreciada não somente no aspecto físico, mas igualmente no psíquico.

O princípio da justiça, no Relatório Belmont, significa uma justiça no sentido de uma *distribuição justa* ou *o que é merecido*. Uma injustiça ocorre quando um benefício que uma pessoa merece é negado sem uma boa razão, ou quando algum

²⁰⁷ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 65.

encargo lhe é imposto indevidamente. Uma outra maneira de conceber este princípio é que os iguais devem ser tratados igualmente.

Para Beauchamp e Childress, o princípio da justiça é entendido como sendo a expressão da justiça distributiva. Entende-se por justiça distributiva a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com normas que estruturam os termos da cooperação social. Uma situação de justiça, de acordo com esta perspectiva, estará presente sempre que uma pessoa receber benefícios ou encargos devidos às suas propriedades ou circunstâncias particulares.

Para Sgreccia, o sentido de justiça não significa que se deva tratar todos do mesmo modo, posto que convive-se com diferentes situações médicas e sociais. Dessa forma, há que se considerar alguns dados objetivos, como o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções²⁰⁸. Dito de outra forma, o princípio da justiça significa proporcionar os benefícios ou encargos de acordo com as características particulares de cada indivíduo, tratando da mesma maneira os iguais e de maneira desigual os desiguais.

O princípio da justiça determina eqüidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Entretanto, o problema está em saber quem são os iguais. O ser humano deve ser respeitado em sua singularidade, portando, diferenças relativas a crenças, costumes e valores devem ser respeitadas, porém, de outro lado, devemos ser considerados iguais sob pena de incorrerem em injustiças.

Concordamos com a opinião de Costa e Júnior sobre a tarefa árdua que constitui a aplicação do princípio da justiça na questão da reprodução medicamente assistida, haja vista que se contrapõem, por exemplo, a situação do desejo particular de gerar filhos e a realidade social do nosso País, onde se depara com crianças órfãs ou abandonadas diariamente²⁰⁹. O referido princípio consiste precipuamente

²⁰⁸ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3 ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 167.

²⁰⁹ COSTA, M. M. M. da; JÚNIOR, E. B. S.. A Aplicação dos Princípios da Bioética ns Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito Constitucional e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 27-43. p. 39.

visar ao bem coletivo de um maior número de pessoas, em detrimento de interesses particulares, característica esta de particular e individual que é fundante para as técnicas de reprodução assistida.

No mesmo sentido, também se sabe que, no Brasil, existe apenas a igualdade formal, sendo que os direitos mais básicos, como o direito à saúde, são constantemente desrespeitados. As pessoas com maior poder aquisitivo e que podem pagar por tratamentos e medicamentos possuem acesso a um atendimento médico de qualidade, enquanto a maioria da população não consegue, na maioria das vezes, o diagnóstico ou a medicação necessária para a cura das doenças mais simples. Quanto às técnicas de reprodução assistida, a situação é ainda pior, pois os valores cobrados por quaisquer dos procedimentos são extremamente elevados, e nem os planos de saúde cobrem as situações de infertilidade. Com isso, surgem mais duas ordens de problemas, ou seja, apenas uma minoria da população possui acesso a este tipo de tratamento e ao caminho para uma maior mercantilização do ser humano, podendo-se adquirir óvulos, espermatozóides ou embriões de casais em troca, seja de exames, seja do custeio para o tratamento de outro casal com condições financeiras privilegiadas ou do pagamento feito pelos próprios centros de reprodução para mulheres e homens de baixa renda por seus gametas.

Quanto ao princípio da não-maleficência, suas origens também remontam à tradição hipocrática. Beauchamp e Childress adotam os elementos de W. Frankena e reclassificam os princípios da não-maleficência como a obrigação de não causar danos, e o da beneficência com a obrigação de prevenir danos, retirar danos e promover o bem. A não-maleficência importa uma abstenção, sendo devida a todas as pessoas. É um princípio mais abrangente que o da beneficência²¹⁰.

Kipper e Clotet argumentam que, no caso de ter de esclarecer o princípio da não-maleficência, deve-se atentar para o princípio do respeito devido a todo o ser humano, tendo em vista que

A dor ou dano causado a uma vida humana só poderia ser justificado, pelo profissional de saúde, no caso de ser o próprio paciente a primeira pessoa a

²¹⁰ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 67.

ser beneficiada. Devem passar a segundo ou terceiro lugar os benefícios para outros, como a família, outros pacientes ou a sociedade de forma geral²¹¹.

Na esteira do pensamento apresentado por Kipper e Clotet, retorna-se à discussão sobre os embriões *in vitro* e as circunstâncias de intervenção e manipulação, sendo que os procedimentos a serem empregados deverão ser apenas aqueles que não causam danos ao embrião e ele seja o sujeito beneficiado. Ante ao exposto, não se pode permitir as pesquisas com células-tronco embrionárias obtidas de embriões criopreservados, já que isto implica a sua destruição.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: importância na proteção integral do ser humano

Além das contribuições dos princípios bioéticos a serem considerados pela ciência jurídica, esta detém um princípio fundamental em que deve estar pautada qualquer norma jurídica que se crie ou se pretenda criar. Este princípio é denominado de dignidade da pessoa humana, sendo que na seara dos problemas bioéticos acerca da reprodução humana o referido princípio alcança dimensões ímpares, especialmente como fundamento para uma proteção integral do ser humano.

3.2.1 Bioética e Direito

A preocupação central da bioética consiste em que o desenvolvimento biomédico esteja em harmonia com a dignidade de cada ser humano. E, na realização deste objetivo, ela é guiada por um certo número de princípios. Isto não significa que a bioética desconheça a importância das circunstâncias particulares de cada caso. Antes de tudo, a existência de princípios em bioética nos recorda que esta disciplina possui um objetivo de realizar certos valores, em especial, garantir a vida e a dignidade do paciente²¹².

²¹¹ KIPPER, D. J.; CLOTET, J.. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 37-51. p. 48.

²¹² ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 34-35.

Nesse contexto, fundamental é o papel do direito, pois deve regulamentar a conduta desejada do ser humano, seja *a priori* ou *a posteriori*, bem como reprimir a conduta indesejada, seja antes de ela ocorrer, ou mesmo depois de ocorrida, sempre tendo por linha mestra a dignidade humana, inserindo-o dentro de uma dada vida concreta²¹³.

Em especial a Constituição Federal brasileira de 1988, em que a lei está principalmente destinada a garantir a dignidade da pessoa, deve fixar as bases para assegurar o respeito à pessoa que aparece ameaçada em sua integridade física e em sua identidade por algumas das novas tecnologias como a reprodução medicamente assistida.

O direito não é um sistema fechado, asséptico de valores. Ele não é e nem pode ser um conjunto de normas arbitrárias impostas pelo legislador, como o positivismo jurídico havia pretendido. Ao contrário, encontra seu fundamento último na ética e, principalmente, no primeiro princípio da razão prática, que ordena fazer o bem e evitar o mal. Além disso, o direito aspira fazer respeitar a dignidade de cada pessoa e, assim, fazer reinar a harmonia nas relações sociais²¹⁴.

O homem, no decorrer da evolução histórica, fazendo crer que estava agindo em nome da ética, lançou mão de condutas imorais, cometendo crimes abomináveis e injustiças sob o pretexto de conduzir os povos para o bem, bem como se embasou na idéia de que os fins justificam os meios²¹⁵. Com isso, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, adquiriu importância a pessoa humana, por ser considerada raiz de todos os valores, destinatário final da norma jurídica, base do ordenamento jurídico.

²¹³ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M., Marcelo. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 93.

²¹⁴ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 48.

²¹⁵ JÚNIOR, José Cabral Pereira Fagundes. Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-282. p.271.

O progresso da ciência se deu com a construção de um saber separando o homem da natureza. O homem se vê como um outro e a natureza é vista como apropriável, na qual tudo se transforma em bens, tendo como finalidade o atendimento das necessidades humanas, saciando os desejos de poder e riqueza²¹⁶. Não contente, o homem, nos últimos setenta anos, tornou possível igualmente a apropriação do homem pelo próprio homem, com os avanços sobre o DNA, o controle sobre a reprodução humana, com o poder de intervir no início e no fim da vida, entre outros avanços tecnocientíficos, desejando transformar ele mesmo em produto passível de apropriação.

Nesse sentido, Barreto afirma que os avanços tecnocientíficos alteraram não somente a forma do conhecimento humano, mas de igual forma “o próprio estatuto natural da situação do homem no mundo”. Quer dizer, o homem não é mais exclusivamente um agente voltado para dominar e controlar o mundo que o cerca, passando a receber desse domínio uma influência reflexa, cujos conhecimentos adquiridos não se restringem à explicação do mundo natural, e sim significam mudanças no próprio ser humano²¹⁷.

Ante a complexidade das relações estabelecidas em decorrência dos progressos biotecnológicos, a bioética e o direito não podem ficar à mercê de uma teoria abstrata, uma vez que ambos são solicitados constantemente a responder a indagações práticas, as quais requerem soluções imediatas que surgem no dia-a-dia da sociedade atual.

Defende Andorno, com muita propriedade, que

El derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en bioética. Se quiera o no, la tarea de conjurar los nuevos peligros para la dignidad humana recae principalmente sobre él, en razón de que la ética por si sola no tiene la fuerza suficiente para asegurar el respeto de la persona. Es a la ley a quien incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al hombre de las manipulaciones que lo amenazan desde el comienzo mismo

²¹⁶ ARAUJO, A. da S.; ARAUJO, L. E. B. de. O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas. In: ARAUJO, L. E. B. de.; LEAL, R.G (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. T. 2. p. 563-596. p. 565-566.

²¹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 383-423. p. 393.

de su existência; es a ella a quien corresponde evitar que el ser humano sea reducido a puras relaciones de utilidad y rentabilidad. Solo el *poder político* posee la fuerza necesaria para resistir a los nuevos poderes emergentes: tecnocientíficos, ideológicos e económicos²¹⁸.

E em se tratando da reprodução assistida, o direito – mais especificamente o Poder Judiciário - tem sido evocado para decidir conflitos de cunho familiar, casos envolvendo litígios entre casais, conflitos entre pais e filhos, alterações nos conceitos de pai, de mãe e de filho tidos, até pouco tempo. Além disso, ainda tem de enfrentar o vazio de normas específicas ou se deparar com normas não compatíveis com as particularidades que se encontram nestas situações de procriação médica. Certamente os magistrados e os juristas, em geral, não estão preparados para solucionar conflitos dessa complexidade, entretanto, não podem se eximir de proferir uma decisão.

3.2.2 Bioética, Constituição e o princípio da dignidade da pessoa humana

Segundo Moraes, a raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim: *dignus*, que significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”²¹⁹.

Importa, mesmo que de forma sintética, explicitar o caminho histórico percorrido pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário assinalar quatro momentos importantes: o Cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e o refluxo de horrores da Segunda Guerra Mundial²²⁰.

Para o Cristianismo, o ser humano foi criado à imagem e à semelhança de Deus, assim, o ser humano é dotado de um valor próprio, que lhe é intrínseco. Pela primeira vez, o homem passou a ser valorizado individualmente. O iluminismo-

²¹⁸ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 51.

²¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110.

²²⁰ A classificação desses quatro momentos como importantes para a conceituação da dignidade da pessoa humana é adotada por Ana Paula de Barcellos. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104.

humanista, baseado na crença da razão humana, foi o responsável por substituir a religiosidade para o próprio homem como centro do sistema do pensamento.

A obra de Immanuel Kant é o terceiro momento importante, haja vista que expõe a idéia do homem como fim em si mesmo e não em função do Estado, da sociedade ou da Nação, dispondo de uma dignidade ontológica. Segundo Barcellos, o momento mais marcante para o conceito de dignidade humana foi a revelação dos horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Como reação à barbárie do nazismo e do fascismo, em geral, no pós-guerra, consagrou a dignidade humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio norteador tanto da atuação do Estado quanto dos organismos internacionais²²¹.

Os grandes textos normativos, posteriores à Segunda Guerra Mundial, consagram essa idéia. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, abre com a afirmação de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos" (art. 1º). A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social" (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, proclama solenemente em seu art. 1º: "A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado". Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 inicia com a proclamação de que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Para a Constituição Espanhola de 1978, "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social" (art. 10). A Constituição Brasileira de 1988, por sua vez, apresenta como um dos fundamentos da República "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, inciso III).

²²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107-108.

3.2.2.1 Bioética e Constituição

Como se pode observar, Häberle assevera que as constituições dispuseram a cláusula da dignidade da pessoa humana, em parte, nos seus preâmbulos, nos seus catálogos de direitos fundamentais, bem como no artigo 1º, conferindo, dessa maneira, um significado singular à dignidade como um “objetivo pedagógico”, mesmo quando a dignidade não esteja disciplinada textualmente. A Constituição acaba por assumir este compromisso perante si própria²²².

A Carta Magna brasileira também consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, no seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República. Ademais, mencionou textualmente, em diversos outros artigos, entre os quais interessa fazer menção, para o presente estudo, ao art. 170, *caput*, e ao art. 226, §7º, os quais apresentam respectivamente, que a dignidade da pessoa humana seja protegida e promovida como resultado das práticas implementadas, seja pelo setor público ou privado, na esfera econômica; o segundo, como fruto do planejamento familiar²²³.

O significado do que se deva entender por dignidade da pessoa humana não foi detalhado na Constituição Federal de 1988, todavia isto não deve ser sinal de que este não possa ser definido.

Nesta senda, merece consideração a opinião de Bandeira de Mello de que

[...] tem-se que aceitar logicamente, por uma irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras²²⁴.

²²² HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152. p.93-94. O autor exemplifica a expressão “objetivo pedagógico” ao defender que a dignidade humana deve estar presente desde as escolas até as atividades de radiodifusão.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 166.

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 28-29.

A Constituição Federal de 1988 colocou o ser humano como causa e fim de todo o ordenamento jurídico, não se podendo permitir que se continue a fixar conceitos sob a ótica patrimonialista. De acordo com Barboza, o tratamento legal, a ser conferido ao nascituro ou ao embrião humano, deve estar em harmonia com os princípios constitucionais, enfatizando e privilegiando os direitos extrapatrimoniais²²⁵.

A interpretação das regras existentes e aquelas que venham a ser editadas deverá estar em consonância com os princípios constitucionais, principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana. É preciso esclarecer, ainda, que o referido princípio, por ser extremamente amplo, serve de base tanto para aqueles favoráveis ou àqueles contrários ao aprimoramento das técnicas de reprodução assistida e ao desenvolvimento de métodos de intervenção e manipulação de embriões *in vitro*. Há um núcleo básico partilhado por todos do que ofenderia a dignidade da pessoa.

Em casos como esses, importa enunciar o posicionamento de Barcellos sobre ser natural que haja diferentes concepções do que signifique a dignidade e o seu alcance, depois de superado o núcleo básico do princípio. No entanto,

se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna - e aí sequer se cogitará do problema -, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade²²⁶.

Sarlet complementa ao argumentar que não há dúvidas de que a dignidade é algo real e vivenciado concretamente por cada ser humano, uma vez que é possível, sem maiores dificuldades, identificar muitas das circunstâncias em que ela é

²²⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270. p. 258.

²²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197.

agredida e violada, mesmo que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva dessas violações²²⁷.

Além disso, acredita-se que, se fosse possível listar de forma fechada o que caracterizasse estas violações, estar-se-ia correndo o risco de um princípio tão essencial, como o da dignidade da pessoa humana, esvaziar o seu sentido em decorrência das constantes transformações vivenciadas pela sociedade na seara social, cultural e econômica.

Conforme Barreto, a dignidade não é uma idéia originariamente jurídica, produto da doutrina ou legislação, ao contrário, resulta de uma compreensão específica da natureza da pessoa humana e da sociedade. Falar de dignidade humana sem que se situe esta idéia no quadro de uma ética e antropologia filosófica determinada resulta lançar o valor que ela representa no vazio dos discursos jurídicos e políticos²²⁸.

3.2.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Mas, então, como a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada?

Para Andorno, a noção de dignidade pode ser explicitada em dois sentidos distintos: o primeiro, uma dignidade ontológica; o segundo, uma dignidade ética.

- La dignidad *ontológica*, que es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Esta noción nos remite a la idea de incomunicabilidad, de unicidad, de imposibilidad de reducir este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el sólo hecho de existir. En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno y por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros.
- La dignidad *ética*, que hace referencia, no al ser de la persona, sino a su obrar. En este sentido, el hombre se hace él mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es, o mejor, con lo que él debe ser. Esta dignidad es el fruto de una vida conforme al bien, y no es

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Nos Limites da Vida, Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Editora: Lumen Júris, 2007. p. 209-240. p. 213-214.

²²⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219-257. p. 220.

poseída por todos de la misma manera. Se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad²²⁹.

O autor esclarece que a sua concepção de dignidade da pessoa humana está no primeiro sentido, ou seja, como sinônimo de valor que deve reconhecer o homem pelo seu jeito de ser homem²³⁰.

E, além do caráter formal do princípio da dignidade humana, continua Andorno, é indispensável que se tenha afirmado que, para tal princípio, não se admite atualmente a existência de homens de segunda categoria, de subhumanos, de “vidas sem valor vital”. É suficiente ser homem para ser reconhecido como pessoa. Todos os homens são igualmente dignos, em razão de sua natureza comum. Ser digno equivale, portanto, a ser pessoa²³¹.

Na concepção de Barcellos, a dignidade tem um núcleo

de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico²³².

Para Häberle,

na verdade, uma fórmula comum sobre a dignidade ainda não foi encontrada e possivelmente nem o venha a ser, pois a diferença entre indivíduo e comunidade, inclusive no sentido de comunidade constituída, constitui uma relação de tensão irrevogável, geradora de conflitos, cujo reconhecimento jurídico justamente se mostra característico para a estatalidade moderna. O povo não constitui, porém, uma grandeza contrária aos direitos fundamentais, tampouco antiestatal, senão desde logo estruturada jurídico-fundamentalmente e enquadrada estatal-

²²⁹ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 56-57.

²³⁰ Ibidem., p. 57.

²³¹ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 61.

²³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 194

constitucionalmente; direitos fundamentais são, num sentido mais profundo, também “direitos do povo” (“liberdades do povo”)²³³.

Os avanços biotecnológicos contribuíram para o aumento do debate em torno da noção também de pessoa, conforme já trabalhado no capítulo anterior. Não obstante, neste momento, interessa refletir sobre o significado de pessoa, mas não sob a ótica do Código Civil, e sim num aspecto ético e também constitucional.

No contexto da nossa Constituição Federal, o princípio da dignidade humana estende-se além da pessoa, uma vez que é mais amplo do que a vida humana digna. Conforme preceitua Corrêa e Conrado, a Constituição menciona a existência digna, ao contrário de somente mencionar vida digna, envolvendo, dessa forma, todos os seres dotados de humanidade²³⁴, quer dizer, aqueles que compõem a espécie *homo sapiens* e pelo que cada um representa como viabilidade autônoma de um ser humano.

De uma perspectiva não ontológica, e sim ética, o termo pessoa é empregado para designar os seres que possuem uma dignidade intrínseca. Neste sentido, denominar pessoa equivale a denominar um ser que merece um tratamento de fim em si; a pessoa é o oposto da coisa, existindo um abismo infinito entre ambas as realidades.

O conceito de pessoa se aplica a todo ser humano vivo, ainda que não tenha desenvolvido todas suas potencialidades (como o feto, o recém-nascido ou o bebê), ou aquele que tenha as perdido irremediavelmente (como em certos casos de demência especialmente graves).

Se, por natureza, todos os homens são iguais, no mais profundo de seu ser, cada um é diferente e único; cada um tem sua própria biografia; cada um possui

²³³ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152. p.133.

²³⁴ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M.. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 84.

uma história pessoal irrepetível. Desde o começo de sua existência, o homem tem uma identidade exclusiva, que se desenvolve e se enriquece através do exercício de sua liberdade. O desenvolvimento atual das biotecnologias apresenta riscos também para este aspecto da personalidade humana²³⁵.

Nesse ínterim, por estar tratando do significado de pessoa, é essencial observar o conceito de vida prelecionado por José Afonso da Silva

no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena e deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa. [...] A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência²³⁶.

O valor da dignidade comporta que ninguém (nenhum homem) pode ser instrumentalizado a serviço do outro. Há que se considerar que o corpo humano não pode ser utilizado nunca como um simples objeto para efeito de obter benefícios para terceiros pessoas. Isso também significa que ninguém pode ser tratado com falta de respeito.

3.3 É possível regulamentar as técnicas de Reprodução Assistida?

A reprodução medicamente assistida certamente precisa ser regulamentada no Brasil, já que se trata de um mercado que cresce cada vez mais e acarreta inúmeros

²³⁵ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 124.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p. 200-201.

problemas, como os já apresentados no decorrer da presente pesquisa. Tais problemas colocando em xeque a família, sua estrutura e os significados de pai, mãe e filho como se tinha até poucas décadas atrás.

Parece que ainda não se tomou de toda consciência sobre a troca radical que supõem as novas tecnologias reprodutivas em nossa concepção do que é o homem e no sentido da procriação. A técnica assume aqui o rol de causa da pessoa. A relação entre ela e o homem se inverte. Não é tanto a pessoa quem se serve da técnica, mas é muito mais a técnica quem parece servir-se da pessoa e, de fato, é a técnica quem produz a pessoa²³⁷.

Nesse panorama, o legislador brasileiro não pode se furtar de normatizar tais questões diante da impossibilidade de frear o progresso da ciência e da própria sociedade. Além disso, importa, pela própria necessidade de proteger o homem do próprio homem, à medida que, estando, tanto os procedimentos de reprodução assistida quanto as pesquisas utilizando embriões humanos legalmente regulamentadas, também estarão passíveis de maior fiscalização e controle.

É sabido que qualquer conteúdo não pode desenvolver uma norma jurídica, para ela ser aceita e respeitada, deverá, pois, estar em conformidade com os direitos fundamentais e valores eleitos pelo homem como essenciais para sua vida, sob pena de não passar de uma falácia, de uma lei sem nenhuma eficácia material. A esse respeito, Silva apregoa que a Constituição e os direitos fundamentais do homem nela consagrados devem se situar acima do legislador e não a sua disposição. A lei não é o único instrumento para defender a vida humana, mas desempenha um papel muito importante, por vezes, até determinante na promoção de uma nova mentalidade. Ainda, a normatização se faz de grande valor porque poderá atingir a todos que se encontram na situação ali prevista²³⁸.

Mas como ela deverá ser regulamentada? De forma restritiva, fechada ou com cláusulas abertas e sem a imposição de muitos limites?

²³⁷ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 112.

²³⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

A previsão legal quanto às técnicas de reprodução assistida são muito diversas nos poucos países em que já se encontram regulamentadas, ademais estes países se deparam constantemente com situações não previstas na legislação devido aos avanços científicos, assim como dos meios de informação²³⁹.

Há países como a Alemanha, Áustria, Suécia e Itália que possuem uma legislação mais fechada e restritiva, privilegiando o interesse das pessoas envolvidas nessas novas tecnologias. Protegendo, especialmente, os direitos da futura criança. Outros países, como a Espanha, Reino Unido e França, adotaram normas mais permissivas, optando pela primazia do desenvolvimento técnico-científico, contudo os problemas continuam surgindo a cada nova descoberta²⁴⁰.

²³⁹ Em 6 de novembro de 2005, o portal de notícias Terra publicou uma matéria cujo título era “Filho de banco de esperma busca o pai pela Web”, relatando que um rapaz de 15 anos rastreou seu anônimo pai doador de esperma usando uma haste para coleta de materiais com saliva e a Internet, segundo a revista britânica New Scientist. Ao enviar a haste com amostra retirada de dentro da sua bochecha para testes genéticos, o rapaz usou sites de pesquisa genealógica para rastrear seu pai ao procurar por um homem com cromossomo Y compatível. O rapaz enviou a amostra de saliva para um serviço online de genealogia por testes de DNA denominado FamilyTreeDNA.com. Por uma taxa de US\$289, pôs seu código genético disponível para buscas de outros membros do site. Embora seu pai genético nunca tivesse fornecido seu DNA ao site, nove meses depois o rapaz foi contatado por dois homens que estavam na base de dados e cujos cromossomos Y batiam com o seu. Os dois homens não se conheciam, mas compartilhavam o sobrenome, ainda que com grafia diferente, e a similaridade genética de seus cromossomos Y sugeria que havia um chance de 50% de que os dois e o rapaz compartilhassem o mesmo pai, avô ou bisavô. O sobrenome era a chave de que o rapaz precisava. Sua mãe tomara conhecimento da data e local de nascimento e do curso que o doador havia feito na faculdade, apesar de seu nome ter permanecido em segredo. Com essas informações, o rapaz recorreu a outro serviço de Internet, Omnitrace.com, e conseguiu informações sobre todos que nasceram no mesmo lugar e na mesma data que o pai. Só um homem tinha o sobrenome que ele obtivera anteriormente e, dez dias depois, o adolescente fez contato, amigavelmente, com seu pai genético. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI741683-EI238,00.html>> Acesso em: 15 out. 2006. Em 27 de agosto, o portal Ghente publicou uma matéria intitulada “Reino Unido proibirá venda de sêmen recém-coletado pela internet”, segundo a publicação, o Ministério da Saúde publicará, nesta semana, regras pelas quais os doadores serão obrigados a congelar seu esperma durante seis meses, o que permitirá detectar possíveis vírus, inclusive o da aids. Uma fonte do Ministério da Saúde disse ao “The Independent” que todos os doadores terão que garantir que seu esperma foi submetido à análise durante seis meses, como já acontece nas clínicas de fertilidade e nos bancos de sêmen existentes. O prazo de seis meses corresponde ao período de incubação do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV). Os sites que oferecem esperma cobram até 3 mil euros, segundo seus responsáveis. Esse serviço anônimo fez com que muitas mulheres solteiras ou homossexuais pudessem ter filhos. A mudança anunciada significa que os doadores perderão seu direito ao anonimato. Desde que o Governo britânico introduziu as novas regras para as clínicas de fertilização, houve uma forte demanda de esperma recém-coletado pela internet. As clínicas vinham se queixando de dificuldades para convencer os homens a doarem esperma depois de o Governo ter revogado o direito de manter secreta sua identidade. Atualmente, as crianças concebidas com ajuda de esperma doado por meio de uma clínica têm direito de conhecer o doador - e, portanto, o pai - uma vez cumpridos 18 anos, algo que não se aplica até agora às doações pela internet. Disponível em: <<http://www.ghente.org>> . Acesso em: 10 nov 2007.

²⁴⁰ Com relação a legislação estrangeira consultar: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. In: Revista do Direito, Santa

A título exemplificativo, explicitar-se-á a previsão legal de alguns desses países citados no parágrafo anterior. A Lei alemã de Proteção aos Embriões nº 745/1990 disciplina com relação à inseminação homóloga, a qual está somente autorizada se existir uma indicação médica, sendo a consulta médica obrigatória antes de realizar o procedimento. Exige a autorização por escrito pelo marido para a inseminação. É vedada a inseminação *post mortem*. A inseminação heteróloga pode ser autorizada em condições restritas, como o tratamento de um casal casado, nos casos de perturbação duradoura da fecundidade do marido após o consentimento por escrito deste, na presença de notário²⁴¹.

A criança gerada a partir da inseminação heteróloga tem o direito à própria identidade e à ascendência genética ao completar 16 anos, podendo conhecer seus pais genéticos, com base nas informações guardadas nos centros de reprodução. É proibida a aferição de qualquer vantagem econômica aos doadores de espermatozoides. O período de conservação do espermatozoides do doador não pode ser superior a dois anos, sendo vedado ao médico utilizar espermatozoides de doador já falecido²⁴².

Com relação à fertilização *in vitro*, ainda que não proibida de forma absoluta, somente é autorizada quando homóloga em circunstâncias restritas, quais sejam, só como tratamento da esterilidade, excluindo-se a indicação genética²⁴³.

É admissível a fecundação de número de óvulos necessários para uma transferência, evitando-se a ocorrência de embriões excedentes. A conservação de embriões é regida pelo princípio da proibição total deste procedimento²⁴⁴.

Cruz do Sul, nº 14, p. 7-26, 2000; e Camargo, Juliana Frozel de. Reprodução humana: ética e direito. Campinas, SP: Edicamp, 2003; WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²⁴¹ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003. p. 273-274.

²⁴² Ibidem, p. 274-275. Consultar também: WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 98.

²⁴³ Ibidem., p. 275.

²⁴⁴ Ibidem., loc. cit.

Não é permitida aos casais não casados a utilização da reprodução assistida na forma heteróloga. A mulher solteira não pode recorrer, em nenhuma hipótese, às novas tecnologias. A maternidade de substituição também é proibida²⁴⁵.

Na Suécia, a Lei 1.140, de 21 de dezembro de 1984, refere-se à inseminação heteróloga que, em sendo dado, pelo marido, o consentimento, aquele marido ou companheiro que consentiu será havido juridicamente como o pai da criança. Essa lei exige, como condição para este tipo de inseminação, a existência de uma relação heterossexual estável, sendo vedada a inseminação de mulher que viva sozinha ou seja homossexual²⁴⁶.

A autorização para a realização do procedimento de inseminação heteróloga ocorre após uma análise cuidadosa das condições médicas, psicológicas e sociais, sendo realizada em hospital público, sob a supervisão de um médico especialista no assunto²⁴⁷.

A lei sueca, da mesma forma que a lei alemã, reconhece o direito da criança de conhecer as suas origens biológicas. Veda as práticas médicas com o objetivo comercial.

A maternidade de substituição é permitida mediante o seguinte procedimento: a mulher infértil deverá adotar a criança da pessoa que deu à luz, sendo totalmente vedada qualquer remuneração econômica²⁴⁸.

Do lado dos países com leis mais permissivas, estão a Espanha e a França. A Espanha normatizou a procriação assistida através da Lei 35, de 22 de novembro de 1988, adotando a característica de facilitadora da procriação quando outros meios forem ineficazes ou para evitar a transmissão de doenças de fundo genético. O

²⁴⁵ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003. p. 276-277.

²⁴⁶ WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 95.

²⁴⁷ Ibidem, loc.cit.

²⁴⁸ CAMARGO, op. cit. p. 273-274.

emprego dessas técnicas deve ter sempre o acompanhamento médico, psicológico e jurídico²⁴⁹.

Tanto o doador quanto a mulher receptora deverão ser maiores de 18 anos, havendo o resguardo do anonimato de todos os envolvidos no processo, embora, em caráter excepcional, como risco de vida do assim gerado, possa ser revelada a identidade do doador²⁵⁰.

A lei espanhola não estabeleceu restrições relativas ao estado civil da mulher receptora, ou seja, esta pode ser casada, solteira ou viúva²⁵¹. Essa lei, excepcionalmente, autoriza a inseminação *post mortem*, desde que o marido ou companheiro tenha dado seu consentimento por ato notarial ou testamento e que a inseminação seja realizada nos seis meses posteriores ao falecimento²⁵². De outro modo, a inseminação *post mortem* é proibida.

Com relação aos embriões excedentes, estes são congelados durante dois anos, podendo ser doados ou utilizados em pesquisa ou descartados²⁵³.

Na França, regras deontológicas e éticas constituem um conjunto de direitos e deveres dos interventores no processo de reprodução assistida, girando todas as questões acerca da inseminação assistida em torno dos Centros de Estudo e Conservação de Sêmen – CECOS –, os quais funcionam sob a tutela do Ministério da Saúde francês²⁵⁴.

Para ser doador, exigem-se alguns itens, como: a gratuidade no fornecimento do esperma; que seja maior de idade e menor de cinquenta anos; que demonstre a paternidade de ao menos um filho anterior à doação; submissão ao rigor de testes

²⁴⁹ WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 105.

²⁵⁰ Ibidem., loc.cit.

²⁵¹ Ibidem., loc.cit.

²⁵² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. In: *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, nº 14, p. 7-26, 2000. p. 20.

²⁵³ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003. p. 299.

²⁵⁴ WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 101.

clínicos sob o ponto de vista da higidez genética e da fertilidade, objetivando-se a segurança e o sucesso da inseminação²⁵⁵.

O anonimato é assegurado também ao casal solicitante, bem como a garantia de medidas preventivas do risco de transmissão de enfermidade hereditária. Além disso, o casal tem o dever de manter informados os centros que praticam a reprodução assistida sobre os resultados clínicos e psicológicos do processo ao longo dos anos. Não há previsão quanto ao direito à verdade por parte da criança gerada por essas técnicas²⁵⁶.

3.3.1 Reprodução Assistida no Brasil

Então, como se deve regulamentar a reprodução assistida no Brasil? É possível uma normatização eficiente, que atenda ao mesmo tempo a realização do projeto parental e evite a mercantilização do ser humano?

Nas técnicas de procriação assistida, há dois direitos a serem preservados e que podem, em determinado momento, se contrapor, ou, poder-se-ia dizer, também que tais direitos igualmente fazem parte da dignidade das pessoas envolvidas. De um lado, está o casal que tem o direito ao planejamento familiar (projeto parental), mais especificamente a mulher com direito à reprodução, de outro, há o embrião, o qual, da mesma forma, possui o direito à vida.

É preciso sopesar o direito ao projeto parental e o desejo de gerar seu próprio filho por parte dos casais inférteis que recorrem aos procedimentos de procriação assistida com os direitos dessa criança que venha a nascer, não permitindo que ela torne-se apenas um meio para a realização do sonho almejado por esses casais.

Normatizar a respeito das referidas técnicas é tarefa imprescindível, ao mesmo tempo, extremamente complexa, pois há que se pensar em proteger e proporcionar

²⁵⁵ WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 101.

²⁵⁶ Ibidem., p. 101-102.

o exercício de direitos de pessoas já nascidas, bem como respeitar as expectativas de direitos das crianças que nascerão em virtude de tais procedimentos.

Outro ponto a ser sempre lembrado é o de que se está lidando com pessoas, seus sentimentos, suas frustrações, seus desejos, suas angústias, enfim, seu corpo, sua mente e seu meio social. Fatores estes que dificultam disciplinar a aplicação dessas novas tecnologias.

Nestas condições, como já exposto no primeiro capítulo, muitos casais, quando descobrem a infertilidade, passam a vê-la como uma preocupação única e central, como um defeito físico, como uma negação ao seu direito de escolha de ter ou não filhos, causando uma alienação e uma exclusão social. Dessa forma, há que compreender a infertilidade como um problema de saúde, de ordem reprodutiva, diante do qual não se pode negar o acesso para aqueles que optem por esse tratamento.

Convém, no entanto, considerar a posição de Brauner, expondo que, quando a realização do projeto reprodutivo envolve outras pessoas, como, no caso da reprodução assistida, em que há profissionais da medicina como intermediadores, torna-se essencial que a sociedade esteja presente, discutindo e refletindo sobre as condições em que poderá autorizar o recurso a tais procedimentos, definindo também sobre as responsabilidades de cada um dos participantes nessa prática²⁵⁷.

As novas tecnologias reprodutivas não devem ser consideradas um método alternativo de procriação, mas uma intervenção excepcional e residual. Assim, limitar o uso das novas tecnologias às hipóteses de impossibilidade de procriação natural significa atribuir-lhes uma finalidade verdadeiramente terapêutica²⁵⁸.

Os procedimentos de procriação assistida, por meio da produção dos embriões excedentes, também colocaram em discussão o direito constitucional assegurado de liberdade de pesquisa, muito defendido pelos cientistas, principalmente agora,

²⁵⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.14, p. 7-26, jul./dez. 2000.

²⁵⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 303.

quando se discute a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005 – e a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias. No entanto, a realização de tais pesquisas mesmo que se justifiquem pela busca da cura de diversas doenças e pelo bem-estar social, se contrapõe ao direito à vida e à integralidade do embrião humano, que precisa ser destruído para a ocorrência dessas pesquisas.

Com isso, para uma melhor compreensão sobre esses avanços biotecnológicos e uma normatização que considere todos os interesses envolvidos, é mister partir de uma percepção sistêmica, sob a ótica de Fritjof Capra.

Porque a escolha da teoria sistêmica?

Porque a teoria sistêmica se propõe a analisar os sistemas (organismos) vivos como um todo e não de forma fragmentada como faz a ciência.

O pensamento sistêmico pressupõe conexão, relacionamento e contexto entre as partes que integram o todo. As partes são representadas pelos fatos e circunstâncias apresentadas pela vida moderna no âmbito da biotecnologia; o todo concerne à relação de equilíbrio e harmonia a ser mantida com a natureza, não apenas no tempo desta geração, mas também das futuras gerações²⁵⁹.

A reprodução humana prescinde de uma visão global e não compartilhada. O objetivo da utilização desses procedimentos é tornar real o sonho de ter filhos àqueles casais inférteis, ou seja, nesse processo, existem diferentes indivíduos envolvidos com aspirações pessoais diferentes, ao passo que também com um desejo em comum, o de constituir uma família. Sem embargos, certamente as decisões tomadas hoje acerca do valor e respeito que se deve ao homem, a partir da concepção ou em algum momento posterior, deverão trazer conseqüências para as futuras gerações.

²⁵⁹ ARAUJO, A. da S.; ARAUJO, L. E. B. de. O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas. In: ARAUJO, L. E. B. de.; LEAL, R.G (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. T. 2. p. 563-596. p. 565-566.

Outro aspecto que deve ser observado, na teoria sistêmica, é o chamado acoplamento estrutural – como definido por Maturana e Varela –, em que se estabelece uma nítida diferença no modo de interagir dos organismos vivos e não-vivos com o ambiente. Capra chama a atenção para a seguinte situação:

Quando você dá um pontapé numa pedra, por exemplo, ela reage ao pontapé de acordo com uma cadeia linear de causa e efeito. Seu comportamento pode ser calculado por uma simples aplicação das leis básicas da mecânica newtoniana. Quando você dá um pontapé num cachorro, a situação é totalmente diferente. Ele reage ao pontapé com mudanças estruturais que dependem de sua própria natureza e dos seu padrão (não-linear) de organização. Em geral, o comportamento resultante é imprevisível. À medida que o organismo vivo responde às influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alteram o seu comportamento futuro. Em outras palavras, o sistema que se liga ao ambiente através de um vínculo estrutural é um sistema que aprende. A ocorrência de mudanças estruturais contínuas provocadas pelo contato com o ambiente – seguidas de uma adaptação, um aprendizado e um desenvolvimento também contínuos – é uma das características fundamentais de todos os seres vivos²⁶⁰.

Outrossim, o ser humano, ou, como ressaltado por Capra, qualquer organismo vivo, não é passível de total controle por parte do homem. Ainda que os cientistas e pesquisadores acreditem e busquem cada vez mais dominar e controlar os conhecimentos acerca dos mistérios que cercam a vida e o seu desenvolvimento, não há como prever o comportamento, por exemplo, de cada óvulo e espermatozóide fecundado. Por que alguns embriões sofrem anomalias genéticas? Por que alguns embriões são mais fortes e de “melhor qualidade” e outros mais frágeis?

Por mais que o homem tente controlar e intervir no processo da vida, este também precisa saber que o ser humano irá sofrer alterações, transformações em seu comportamento, não cogitadas pelo homem, assim como ocorrerá com o ambiente ao seu redor.

Sem embargos, também há que se ter uma nova compreensão da vida, significando que a vida não se baseia somente na análise de estruturas moleculares, mas, de igual forma, na dos padrões de relação entre essas estruturas e dos

²⁶⁰ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 51.

processos específicos que determinam a sua formação. Dito de outro modo, o que caracteriza a vida é a presença de uma rede de processos metabólicos autogeradores²⁶¹.

Os sistemas vivos são redes autogeradoras, fechadas dentro de certos limites no que diz respeito à sua organização, como mencionado acima, no entanto, são abertos a um fluxo contínuo de energia e matéria²⁶². Essa concepção sistêmica, usada por analogia pela bioética e pelo direito, pode contribuir para a formulação de um conjunto de princípios e valores indispensáveis e utilizados como diretrizes para a construção de uma legislação que permita que casais inférteis tenham seus filhos biológicos, mas também que proteja o embrião *in vitro* em sua integridade.

Nesse ínterim, faz-se interessante mencionar a tese defendida por Häberle. Numa sociedade aberta, não é possível fixar um número fechado de intérpretes da Constituição, posto que se encontram vinculados no processo de interpretação constitucional todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e grupos. Com isso, afirma ele que os critérios de interpretação da Constituição serão mais abertos quanto mais pluralista se constituir a sociedade²⁶³.

Häberle alerta que a mera transcrição de textos jurídicos, de institutos ou de procedimentos, por si só, é insuficiente. Isso porque a Constituição não se limita a ser um conjunto de regras normativas, mas é a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos²⁶⁴.

As constituições são letras vivas, isto é, obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, têm como pano de fundo e em sua forma expressão e instrumento

²⁶¹ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 80.

²⁶² Ibidem., p. 238.

²⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 12-13.

²⁶⁴ Idem. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34.

mediador de cultura, marco de reprodução e de recepção cultural, assim como depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes²⁶⁵.

Justifica o autor que não são apenas os intérpretes jurídicos constitucionais que possuem o monopólio da interpretação, pois não são os únicos que vivenciam o contexto regulado pela norma. Nesse sentido, qualquer indivíduo que integre e viva este contexto, regulado por uma norma, configura-se de forma indireta ou diretamente como um intérprete em sentido lato (pré-intérprete)²⁶⁶.

Cabe a cada membro da sociedade ponderar e eleger os valores e princípios que requerem que sejam preservados. A Constituição, a legislação infraconstitucional, ou mais precisamente a futura normatização acerca da procriação assistida, deve ser realizada com base no pensamento e nos valores do maior número de “intérpretes”, e não para atender, somente o interesse de uma minoria voltada apenas para o econômico.

As regras e as leis de que poderão dispor sobre o desenvolvimento da reprodução assistida deverão “[...] ser cuidadosamente elaboradas para, por um lado, prevenir abusos e, pelo outro, evitar limitações e proibições descabidas”²⁶⁷. O princípio da dignidade será infringido nos casos de mercantilização de sementes e embriões e do próprio ser humano, devendo a sua violação ou ameaça de violação receber resguardo jurídico²⁶⁸.

Garrafa continua defendendo que “o grande nó relacionado com a questão da manipulação da vida humana não está na utilização em si de novas tecnologias ainda não assimiladas moralmente pela sociedade, mas no seu controle”²⁶⁹.

²⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoria de la constitución como ciência de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 35

²⁶⁶ Idem. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14-15.

²⁶⁷ GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência – Até onde Avançar sem Regredir. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 99-110.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As interfaces entre a Bioética e o Direito. In: CLOTET, Joaquim (org.). *Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p.67-84. p. 76-77.

²⁶⁹ GARRAFA, op. cit., p.108.

Como muito bem referido por Garrafa, tanto os princípios bioéticos quanto o da dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais deverão também estar presentes na legislação sobre reprodução assistida, considerando a realidade brasileira e o problema quanto aos instrumentos e órgãos que se prestem realmente a fins de controle e fiscalização das normas a serem cumpridas.

No momento da elaboração da lei sobre um assunto tão controverso na comunidade, deve o direito zelar para que se mantenha “mínimo indispensável da função integrativa da Constituição”²⁷⁰. Além disso, há que se atentar sempre para os interesses daqueles que não participaram do processo, seja por interesses não representados ou não representáveis, como no caso dos embriões que ainda não têm o seu status jurídico definido.

3.3.1.1 Proteção jurídica do embrião *in vitro*

Nesse sentido, qual a natureza e proteção jurídica a ser conferida pelo direito ao embrião humano *in vitro*, proveniente das técnicas de reprodução medicamente assistida?

Concernente à natureza do embrião, Mantovani apresenta três soluções adotadas por diversas ordens jurídicas: 1) *Diferenciação total entre concebido e pessoa humana*²⁷¹, segundo a qual o concebido degrada-se a simples “coisa”. Portanto, o concebido seria totalmente disponível para ser utilizado para quaisquer fins de pesquisa ou experimentação, genética ou não. Essa tese não é sustentada oficialmente por quase nenhuma das ordens jurídicas; 2) *Equiparação total entre concebido e homem-pessoa*²⁷², segundo a qual o concebido tem a mesma natureza e dignidade humanas que o homem-pessoa. O concebido possui a mesma indisponibilidade do homem-pessoa. São permitidas somente intervenções terapêuticas e não pode ser sacrificado senão para salvar a vida da mãe; 3)

²⁷⁰ Expressão utilizada por Peter Häberle. Ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 46.

²⁷¹ Foi aplicada pela sentença do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (1973), que qualificou o concebido como “vida humana potencial” e, portanto, substancialmente uma “não-vida”.

²⁷² Utilizada na sentença do Tribunal Constitucional Alemão (1975), que afirma não haver nenhuma diferença entre concebido e nascido, porque o direito à vida está garantido para ambos.

*Diferenciação parcial*²⁷³, segundo a qual o concebido é “ser humano”, mas ainda não é “homem-pessoa”. Merece tutela jurídica, mas em grau inferior à do homem-pessoa. Essa tese é aceita na maioria dos países²⁷⁴.

A primeira solução apontada por Mantovani, quando há diferenciação total entre o concebido e o homem pessoa, é sustentada por Engelhardt e Singer, para os quais, o termo pessoa deve ser atribuído àquele ser racional e autoconsciente. O embrião não pode ser considerado pessoa por apenas pertencer a espécie *homo sapiens*. Além disso, não possui nenhum caráter de individuação, podendo separar-se em dois ou mais embriões geneticamente idênticos. O embrião, enquanto não superar o estágio da criação de gêmeos, é um amontoado de células. Para os referidos autores, nem mesmo o feto, a criança ou aquele que se encontra em estado de coma ou sofre de alguma deficiência mental merece a designação de pessoa.

Ferraz apóia o entendimento previsto na segunda hipótese, em que existe equiparação total entre o concebido e o homem pessoa, dizendo ser indiscutível que

desde o zigoto, o que se tem é vida; vida diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embriônica a início, embriônica, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada. A regra já vetusta entre nós, por isso que consagrada no Código Civil, de proteção do concebido (concepção é a fecundação do óvulo pelo espermatozóide) e ao nascituro não pode ter significação apenas processual ou sucessória, à vista dos princípios constitucionais de dignidade da personalidade humana, do seu desenvolvimento. Sem contar que o direito à vida é também garantia constitucional expressa (caput do artigo 5º)²⁷⁵.

²⁷³ Atualmente está confirmada pelas legislações sobre o aborto e pela jurisprudência constitucional de diferentes países, como Itália, Portugal, Espanha, reconhecendo o concebido como ser humano, mas com menor valor que o homem nascido, admitem a possibilidade de seu sacrifício em benefício de outros direitos da mãe.

²⁷⁴ MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.185-193. p. 186-187.

²⁷⁵ FERRAZ, Sérgio Ferraz. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 47.

Da mesma opinião é Silva, que defende que apenas havendo certeza científica de que a individualidade humana não acontece desde a concepção e “certeza ética” de que existem seres humanos com diferentes graus de dignidade, poder-se-ia autorizar, em termos jurídicos, a manipulação do concebido. No momento em que ainda há incertezas, a proteção que lhe deve ser conferida não pode ser distinta daquela proteção deferida a qualquer outro homem. Em síntese, existindo qualquer dúvida quanto ao estatuto do embrião, somente pode militar em favor da vida²⁷⁶.

Não se pode reduzir o embrião a um “objeto” ou “instrumento” de experimentação. Independentemente da magnitude da utilidade ou da nobreza da intenção de uma experiência, ela não deve reduzir um ser dotado do “valor de um fim em si mesmo” a um “valor de utilidade”. Isso vale para qualquer fase da vida pré-natal, mesmo na mais simples e mais minúscula, como nas duas primeiras semanas, período no qual grassa atualmente a experimentação embriológica, ao preço de um enorme dispêndio de vidas humanas²⁷⁷.

Não há como excluir o embrião (de todas as espécies, inclusive os decorrentes de fertilização *in vitro* ou “descartados”) da cadeia de evolução biológica da pessoa humana, pois ele é o ponto de partida. É a partir do embrião que todas as fases da evolução da pessoa humana interagem. Sendo assim, deve, pois, o embrião, ser inserido nas esferas de proteção e direitos da pessoa humana, de acordo com a posição que ocupa nesta escalada evolutiva²⁷⁸.

A terceira solução diz respeito à idéia de potencialidade, cujo sentido científico significa que o futuro está, de algum modo, contido no presente em estado latente.

²⁷⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 303.

²⁷⁷ COZZOLI, Mauro. O embrião humano: aspectos éticos e normativos. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 301-349. p. 333.

²⁷⁸ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M.. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 104.

Essa potencialidade pressupõe a idéia de um desenvolvimento orientado ou final, no qual os “acontecimentos” não ocorrem fortuitamente, mas já estão previstos²⁷⁹.

Barbosa defende esta última solução mencionada sobre a natureza jurídica, afirmando que, mesmo entendendo que o concebido não é “coisa”, acredita ser um excesso atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade, haja vista que este pode permanecer indefinidamente como uma “potencialidade”²⁸⁰.

Continua a autora:

No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma “tutela particular”, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalidade, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado²⁸¹.

Outro documento importante que adota esta terceira posição é o Relatório Warnock, que apresentou o termo pré-embrião para diferenciar o embrião até o décimo quarto dia e permitir a realização de pesquisas com os mesmos. Ainda assim, pode-se que, por via reflexa, a atual Lei de Biossegurança, apesar de não fazer qualquer menção à natureza jurídica dos embriões humanos *in vitro*, de igual forma, teria adotado tal posicionamento no que concerne ao artigo 5º.

Alguns doutrinadores consideram o embrião uma pessoa em potencial, portadora de expectativa de vida, merecendo por isto ser respeitado. E dizem que a melhor solução seria apenas produzir embriões em quantidade suficiente para garantir o sucesso do procedimento de reprodução assistida, devendo-se evitar, ao

²⁷⁹ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Myimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 36.

²⁸⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270. p. 266.

²⁸¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270. p. 286.

máximo, a destruição de embriões, e o excedente devendo ser utilizado com a permissão do casal doador para inseminar outros casais inférteis²⁸².

Ante a tudo o que foi explicitado, concorda-se com Corrêa e Conrado de que a solução não é obter respostas sobre o que é digno, num exercício de exclusão, mas em ponderar os valores da dignidade. É preciso partir do princípio de que o embrião tem sua própria dignidade, assim como pacientes que necessitam da ciência para a busca da cura de seus males também possuem sua dignidade. No exercício de ponderação entre a colisão de valores, reside a resposta para o reconhecimento da dignidade humana²⁸³.

Em outras palavras, é necessário partir do pressuposto da dignidade do embrião, assim como da dignidade daqueles pacientes (casais) que buscam a cura para suas doenças como, por exemplo, a infertilidade. Tudo que, neste ponto, ponderem-se os valores e ocorra o reconhecimento do que seja a dignidade humana nestas situações.

Para regulamentar a reprodução assistida, há que se considerar que o direito de gerar não é um direito absoluto, mesmo que a sua negação em determinadas situações possa ser interpretada como afronta à dignidade dessa pessoa, ao seu direito à igualdade. O motivo para a restrição a esse direito de acesso às técnicas pode ser fundamentado na avaliação de todo o contexto familiar e social, na rejeição de tratar a criança como objeto passível de apropriação quando o casal ou apenas a mulher achar que seja mais conveniente para a sua vida, pois, dessa forma, estar-se-ia negando o direito e o respeito à dignidade dessas futuras crianças, quem sabe desrespeitando a dignidade das futuras gerações.

No contexto da geração atual, não se tem dado o devido valor aos embriões, mas, ainda assim, urge defendê-los, porque as gerações futuras podem vir a adotar postura diferente e protegê-los de modo diverso do nosso, inclusive conferindo-lhes, independente de dúvidas, a posição de sujeito de direitos. Sob esse prisma, o papel

²⁸² ALMEIDA, Aline Mignon De. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 29-30.

²⁸³ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M.. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 85.

do direito seria o de assegurar às gerações futuras a opção de aplicar um sistema ético-jurídico, afastando dos embriões a noção de objeto mercadológico²⁸⁴.

Para regulamentar os problemas decorrentes da reprodução assistida, deve-se sempre prestigiar a solução que mais abrangentemente realize os interesses do filho gerado, pois isso nada mais é do que resguardar a dignidade humana de todo o ser humano. Sendo que essa dignidade deve amparar-se em dois pressupostos, a saber: “1) todas as pessoas humanas devem ser igualmente respeitadas (respeito destinado a toda a espécie humana); e 2) o respeito deve ser assegurado independentemente do grau de desenvolvimento individual das potencialidades humanas”²⁸⁵.

Brauner, sem o intuito de exaurir questão tão complexa como é a legislação da reprodução assistida, dá ênfase a alguns posicionamentos, os quais podem servir de subsídios para tentar conciliar o direito de gerar com o respeito à dignidade da criança gerada por meio desses procedimentos científicos:

1º - A possibilidade do recurso às técnicas de reprodução artificiais deveria estar disponível a todas as pessoas com problemas de esterilidade, devidamente constatado por profissional especialista, pois o direito de gerar é um direito fundamental do ser humano;

2º - Devem ser permitidas as técnicas de reprodução artificiais desde que não atentem contra o princípio da dignidade do ser humano, garantindo-se, por exemplo, a gratuidade das doações de células germinativas ou embriões;

3º - O interesse superior da criança deve ser preservado, toda a criança deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver com dignidade. O feto necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física.

4º - A elaboração de uma lei deverá se ater ao princípio da dignidade, sem se pautar, por um lado, no critério exclusivo do domínio científico da técnica reprodutiva e nem por outro lado, na total discricionariedade da sua utilização.

Não obstante à necessidade de criação de um estatuto do embrião para deixar claros os limites de atuação do cientista junto ao ser humano, é possível afirmar que,

²⁸⁴ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M.. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 102.

²⁸⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 192.

atualmente, o nosso ordenamento jurídico protege parcialmente – ainda que através de normas esparsas –, os direitos do embrião, seja ele *in vivo* ou *in vitro*. Encontramos, na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, elementos suficientes para a defesa de tais direitos, já que a nossa Carta Magna protege, inclusive como cláusula pétrea, o direito à vida (art. 5º, da CF/88), em todas as suas fases, e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III e art. 3º, inc. IV, ambos da CF/88)²⁸⁶.

Os direitos do embrião devem ser protegidos independentemente da forma de fertilização, visto que o art. 2º do Código Civil brasileiro refere-se à em proteção do nascituro desde a concepção²⁸⁷.

²⁸⁶ CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M.. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108. p. 88.

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 89.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso técnico-científico, na área da biomedicina, é cada vez maior e ocorre com mais rapidez, deixando a reboque a ciência jurídica, que não consegue regulamentar tais avanços na mesma velocidade em que estão acontecendo. Nesse contexto, a sociedade encontra-se perplexa diante de tantas descobertas que, até pouco tempo atrás, eram vistas em filmes de ficção e hoje estão ao seu alcance ou muito próximas de se tornarem realidade.

O homem desenvolveu o poder e adquiriu conhecimento não apenas para dominar a natureza e outros organismos vivos, como já vem fazendo há séculos, mas agora tem a possibilidade de apropriar-se de outro ser humano. Não obstante, essa apropriação não ocorre só por meio da exploração da atividade laborativa, mas está ligada ao gene, ao próprio corpo, ao início e ao final da vida humana.

As técnicas de reprodução assistida proporcionaram ao homem, em especial ao médico, intervir e manipular o início da vida humana, determinar e planejar, juntamente com um casal, o período de sua vida em que julga mais adequado para ter seus filhos. Além disso, a cada instante, desenvolve-se uma nova técnica, aprimora-se algum procedimento com o objetivo de obter melhores resultados, maiores taxas de gravidez, ainda que os resultados conseguidos, atualmente, estejam abaixo do propósito almejado pelos centros de reprodução humana.

Como já referido desde a introdução desta pesquisa, essas técnicas, inicialmente, tinham como objetivo propiciar a gestação de casais considerados inférteis, seja por problemas de infertilidade na mulher, seja no homem ou em ambos, assim como evitar a transmissão de doenças hereditárias que afetassem e inviabilizassem a vida da futura criança.

As técnicas de reprodução assistida já são uma realidade em nossos dias, restando somente serem resolvidos questionamentos advindos do emprego dessas técnicas, por exemplo, se continuarão tendo a sua aplicação permitida e sob quais circunstâncias.

Importa solucionar essas questões porque a reprodução assistida tem como finalidade a constituição de uma família, a qual está envolta em conceitos e figuras essenciais, como o do pai e da mãe, para o desenvolvimento físico, psíquico e social de qualquer indivíduo. Convém lembrar que a família é considerada também pela Constituição brasileira como núcleo básico da sociedade, recebendo tutela especial.

É sabido que o Brasil não possui legislação que normatize a utilização das técnicas de reprodução assistida. Existe a Resolução nº 1358/92, produzida pelo Conselho Federal de Medicina, que tem um caráter mais deontológico e com normas éticas a serem respeitadas pela classe médica, todavia, sem nenhum poder coercitivo e nem ao alcance de toda a sociedade.

Recentemente, foi aprovada, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 33, de 17 de fevereiro de 2006 –, a qual regulamenta tecnicamente o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Todavia, esta resolução se restringiu a explicitar alguns conceitos e impor normas técnicas para os bancos de tecidos e os centros de reprodução humana até o limite de sua competência.

Há, igualmente, diversos projetos de leis em tramitação tanto na Câmara quanto no Senado Federal desde o ano de 1993, mas ainda com um longo caminho de debates e discussões a ser percorrido antes da efetiva aprovação. Ao que

parece, ainda se precisa também de muito debate junto a várias classes profissionais e pela própria sociedade, até que se possam retratar os valores e os princípios considerados indispensáveis pela maioria na aprovação da futura legislação.

Encontram-se também alguns poucos artigos na legislação infraconstitucional, mas não tratando especificamente sobre as técnicas de reprodução assistida, como é o caso do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – objeto de muita controvérsia, inclusive sendo analisado em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 pelo Supremo Tribunal Federal –; o art. 1597 do Código Civil, que dispõe sobre a filiação e outros que podem ser estendidos por analogia, mas que ainda se apresentam insuficientes no aspecto a que se propuseram: o de regular essas novas tecnologias.

Neste contexto, há duas situações já analisadas: uma, exposta no primeiro capítulo, relativa à questão da maternidade, do desejo de ter seu próprio filho por parte dos casais inférteis, isto é, a realização do projeto parental. A segunda, desenvolvida no segundo capítulo, trata do início da vida humana, da finalidade e das formas de utilização e manipulação dos embriões humanos *in vitro*, os quais puderam ser separados do organismo da mulher graças a esses novos procedimentos de procriação.

Outro fator de extrema importância e que levanta sérios questionamentos com relação à aplicação desses procedimentos de procriação assistida é o interesse econômico. Os centros de reprodução assistida transformaram-se em um negócio extremamente rentável, uma verdadeira “indústria de bebês”, expressão esta utilizada por Aminatta Forna. Elas constituem a esperança de muitos casais e, principalmente, de mulheres que escolheram antes conquistar uma estabilidade profissional para depois formarem a sua família. Não obstante, sabe-se que, com a idade, há uma diminuição da capacidade reprodutiva feminina. Então elas precisam, muitas vezes, de um auxílio da medicina pra cumprir este papel.

A maternidade é divulgada como uma questão de instinto. A idéia é de que toda mulher possui um instinto materno, tem a vontade sublime de ser mãe, sendo que o sentido de mãe está ligado à idéia de perfeição, à preocupação principal e

única com a sua prole. No entanto, este sentido, embora anunciado como instintual, possui muito mais uma característica cultural do que natural.

Por certo, não há como negar que o corpo da mulher é o único, até agora, capaz de gerar e dar à luz a vida de outra pessoa, mas o papel que cabe à mulher desempenhar - tanto o de gerar um filho quanto a criação deles - é muito mais cultural.

Mãe não é apenas aquela pessoa que contribuiu com o material genético, que gerou a criança, mas é principalmente aquela que cuida, proporciona afeto e carinho. Por sua vez, o surgimento dessas técnicas acabou por reforçar, de algum modo, a importância do vínculo biológico ou ao menos propiciou que mulheres com problemas de infertilidade pudessem sonhar com a possibilidade de uma gravidez, levando muitas até a uma determinada obsessão pelo filho tão desejado.

O direito ao projeto parental não é absoluto, para tanto, é preciso considerar o interesse preponderante desse novo ser que irá nascer, que se apresenta vulnerável e impossibilitado de demonstrar a sua vontade. Não se deve fazer do sonho de ter o filho algo absoluto, sendo essencial a adequação dos desejos dos genitores ao valor da pessoa. Toda a vida humana possui um valor em si mesma, uma dignidade intrínseca, independente da vontade de qualquer outro ser humano.

Com relação aos embriões excedentários, quando puderam ser separados do corpo da mulher, reascenderam indagações sobre o início da vida e desde qual instante esta merece proteção jurídica, bem como despertaram grande interesse dos cientistas por servirem como instrumento de pesquisa e como possível cura de inúmeras doenças degenerativas e lesões medulares, através da pesquisa com células-tronco embrionárias.

No que se refere à discussão sobre o início da vida, não existe consenso e creio ainda estar-se longe de uma resposta única. Várias teorias tentam explicar quando começa a vida, sendo a maioria delas baseada em uma determinada etapa do desenvolvimento humano como, por exemplo, o aparecimento da placa neural,

na suspensão da totipotencialidade das células embrionárias etc., de acordo com os interesses e valores em que cada um dos seus defensores acredita.

De outro lado, a teoria concepcionista defende que a vida é um processo contínuo, sendo que, após a fecundação do óvulo com o espermatozóide, é formado um novo ser, diferente geneticamente do pai e da mãe que o geraram, e possuidor de um código genético próprio e irrepetível. Dessa forma, merece proteção jurídica desde o momento da fecundação.

Outro problema a ser legislado é quanto aos limites do diagnóstico pré-implantatório, por este dar margem a muita discriminação, haja vista a possibilidade de selecionar os embriões de “melhor qualidade”. Da mesma forma, é preocupante a possibilidade da escolha de características da futura criança, a fim de se permitir novas formas de eugenias. Também é preocupante que o homem se transforme em mero objeto para atender as expectativas de seus genitores, causando uma exclusão maior.

Ademais, merece atenção especial na futura legislação o aspecto acerca das técnicas reprodutivas, na forma heteróloga, pois envolve um terceiro – doador anônimo –, sendo que pode gerar muitos conflitos, às vezes, não tanto no momento em que se autoriza tal procedimento, pois o que mais se almeja é realizar o sonho de ter o filho, mas durante a gravidez ou após o nascimento da criança. Podem ocorrer situações em que o pai começa a questionar-se e temer por não ser o pai biológico da criança ou o casal sente medo de que a criança descubra sobre sua origem e queira conhecer seus pais biológicos.

Para que se assegure o progresso com relação à reprodução assistida, o primeiro passo é a análise dos princípios constitucionais. Como base, deve-se ter a dignidade da pessoa e, para tanto, deve haver uma posição clara e definida quanto ao embrião ser, ou não, vida humana, e quais são os seus direitos.

Também há que se considerar os princípios bioéticos, dando a devida relevância ao princípio da autonomia, exigindo o termo de consentimento informado.

É necessário considerar o princípio da beneficência no que se refere ao embrião, para que não venha a sofrer danos maiores do que os benefícios.

O princípio da justiça é mais complicado de ser colocado em prática, uma vez que essas técnicas são extremamente caras, significando que muitos países como o nosso, os quais convivem com a escassez de recursos econômicos para a saúde, não têm esses procedimentos como prioridade no tratamento da infertilidade, deixando pessoas de baixa renda também sem acesso a esse tipo de recursos.

As regras devem surgir não para coibir e impedir o progresso da biotecnologia, e sim para evitar abusos e atos que tragam consequências ainda mais sérias, já que a inexistência de disciplina legal dá margem para a atuação de profissionais e clínicas inidôneas.

É necessário que se faça uma legislação dinâmica, que considere o todo e não apenas o interesse de uma das partes. É preciso se ter uma visão sistêmica na elaboração da futura legislação, não podendo o direito se ver preso a conceitos que não se coadunam mais com o progresso científico, mas abrir-se para os conhecimentos da Psicologia, da Filosofia, da Medicina e do Direito para a criação dessa legislação. A legislação deve ser firme e preservar especialmente os valores éticos socialmente aceitos.

Além disso, também se faz necessário, principalmente, o estabelecimento de um controle, uma fiscalização efetiva junto às clínicas de reprodução, pois, sem o mencionado controle, a norma pode se mostrar sem efetividade, haja vista a existência das grandes cifras econômicas envolvidas nessas práticas.

Os avanços biotecnológicos não devem proporcionar a exclusão das pessoas, ao contrário, devem trabalhar para a melhoria da sua qualidade de vida e saúde. Se for possível melhorar a condição humana, curar doenças e aliviar o sofrimento de pessoas, não parece haver razão para não seguir tal linha de atualização e investigação, desde que não sejam violados direitos de terceiros.

É fundamental que se estabeleça uma discussão séria em torno do assunto, para que não se coloquem obstáculos ao progresso de uma ciência que realmente esteja vinculada a fins positivos, e para que não se propicie a modificação substancial de princípios basilares presentes nos ordenamentos jurídicos, bem como a substituição de conceitos elementares.

A saída para os problemas que envolvem a utilização dessas técnicas é que o conhecimento adquirido seja utilizado de maneira racional e com responsabilidade, respeitando os princípios constitucionais consagrados, especialmente o da dignidade humana, levando em conta o interesse de todos os envolvidos nessa prática. Ademais, deve-se considerar sempre o interesse da criança que irá nascer e daquele embrião que é criopreservado, tendo a sua vida suspensa, até que o casal decida pela sua implantação ou por outro destino.

A reprodução assistida poderá ser autorizada para ser utilizada de forma residual e não como um meio alternativo ao processo natural, com a finalidade de selecionar características do futuro bebê. Poderá ser permitida se não colocar em risco a vida ou a saúde da paciente e do possível descendente, considerando a saúde tanto no aspecto físico quanto no psicológico de ambos.

REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. In: Revista de Bioética e Ética Médica. Vol. 9, n. 2. Conselho Federal de Medicina, 2001. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br>> . Acesso em: 13 abr. 2006. p. 15-24.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229-247.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad humana*. Tecnos: Madrid, 1998.

_____. La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión. *Cuadernos de Bioética*. Edición Electrónica Nº 53. Volumen XV, 1ª, 2004 enero-abril. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org/cb53.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2006. p. 29-36.

AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ARAUJO, A. da S.; ARAUJO, L. E. B. de. O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas. In: ARAUJO, L. E. B. de.; LEAL, R.G (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. T. 2. p. 563-596.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BADALOTTI, Mariângela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A. G. dos S.; OLIVEIRA, M. G. de (Orgs.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 153-173.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 383-423.

_____. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219-257.

_____; BRAGA, R.. Consentimento informado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139-144.

BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Nos Limites da Vida, Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Editora: Lumen Júris, 2007. p. 241-263.

BERLINGUER, G.; GARRAFA, V.. *O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Myimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRAGA, M. G. R.; AMAZONAS, M. C. L. A. Família: Maternidade e procriação assistida. *Psicol. Estud.* [on-line], v. 10, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722005000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 jul. 2006.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> . Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL, Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

BRASIL, Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2007.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Nacer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. In: Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, nº 14, p. 7-26, 2000

_____. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

BRAZ, Marlene. Bioética e Reprodução Humana. In: SCHRAMM, Fermin Roland (Org.). *Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 169-194.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. In: _____ (org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 18-45.

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

COLLUCI, Cláudia. Clínicas médicas trocam óvulo por check-up. Folha on-line, São Paulo, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 29 maio 2006.

CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M., Marcelo. O Embrião e seus Direitos. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. et al. (Org.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. A família como interlocução homem e sociedade. In: ARAUJO, L. E. B. de.; LEAL, R.G (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. T. 2. p. 643-673.

_____; JÚNIOR, E. B. S.. A Aplicação dos Princípios da Bioética ns Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito Constitucional e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 27-43.

COZZOLI, Mauro. O embrião humano: aspectos éticos e normativos. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 301-349. p. 333.

DANTAS, Ana Florinda. O Controle Judicial do Poder Familiar quanto à Pessoa do Filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 113-154.

DI PIETRO, Maria Luísa. Bioética em Fecundação artificial. In: URBAN, Cícero de Andrade (Org.). *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. Tradução de Cícero de Andrade Urban. p. 306-342.

FERRAZ, Sérgio Ferraz. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

FORNA, Aminatta. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções Fetais – Uma Visão Bioética. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27-48.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas de Sigmund Freud*. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1927-1931), v. XXI.

_____. *Obras Completas de Sigmund Freud*. Ed. Standard Rio de Janeiro: Imago, 1996 (1932-1936), v. XXII.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a Ótica do Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 347-382.

GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência – Até onde Avançar sem Regredir. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 99-110.

GOLDIM, José Roberto. O que é o embrião. In: KIPPER, D. J.; MARQUES, C. C.; FEIJÓ, A. (org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 55-59.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET,

Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

_____. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

JR., H. Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

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

JÚNIOR, José Cabral Pereira Fagundes. Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-282.

KIPPER, D. J.; CLOTET, J.. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 37-51.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida¿ Cuántas veces comienza la vida humana? In: Revista de Bioética e Ética Médica. Vol. 9, n. 2. Conselho Federal de Medicina, 2001. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>> . Acesso em: 13 abr. 2006. p. 25-42.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. Laplanche e Pontalis: sob a direção de Daniel Lagache; tradução Pedro Tamen. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-153.

LEMONS, D. C. de A.; GONÇALVES, C. M.. Células-tronco embrionárias: polêmica reaberta. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 212-217. p. 212.

MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.185-193.

MARTINEZ, V. C.; MUCHERONI, M. L.. Estado-Ciência e Biossegurança. In: CORRÊA, E. A. de A.; GIACIOIA, G.; CONRADO, M. (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba; Juruá, 2006. p. 319-327.

MARTINS-COSTA, Judith. As interfaces entre a Bioética e o Direito. In: CLOTET, Joaquim (org.). *Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p.67-84.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-95.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 91-114.

PEDROSA NETO, A. H.; FRANCO JÚNIOR, J. G.. Reprodução Assistida. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 111-124.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. da C. (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 207-217.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. de P. de. *Problemas atuais de Bioética*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005.

_____. Bioética: do Principlismo à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (Coords.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 81-98.

PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 1 ed. (ano 2005), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Apresenta informações sobre a instituição científica e educacional que agrupa mais de 90% dos centros que realizam técnicas de reprodução assistida na América Latina. Disponível em: <<http://www.redlara.com/>>. Acesso em: 10 set. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Nos Limites da Vida, Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Editora: Lumen Júris, 2007. p. 209-240.

SERRA, Â.; COLOMBO, R.. Identidade e Estatuto do Embrião Humano: A Contribuição da Biologia. In: CORREA, J. de D. V.; SGRECCIA, E. (Org.). *Identidade e estatuto do embrião humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. Bauru, São Paulo: Edusc; Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 151-209.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3 ed. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. 2ª tiragem 2006. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GLOSSÁRIO

Anejaculação: ausência de ejaculação.

Anovulatório: o termo descreve uma mulher que raramente ou nunca ovula.

Azoospermia: ausência de espermatozóides, ou seja, absoluta esterilidade masculina.

Blastócito: célula que se desenvolve no quarto dia da fecundação e antecede a mórola Blastômero – cada célula resultante do zigoto.

Cateter – instrumento tubular cirúrgico que é introduzido nos órgãos côncavos pela via urinária ou genital feminina para drenagem de líquido.

Cervicite: inflamação do canal cervical ou endometrite do colo uterino, inflamação da mucosa do canal cervical.

Citoplasma: parte da célula que rodeia o núcleo do óvulo.

Clivagem: divisão do zigoto em diversas células.

Criptorquidismo: ocorre quando um testículo não está na sua posição normal.

Disgenesia gonadal: ausência, nas gônadas, de células germinativas com aptidão funcional.

Doença policística ovariana: degeneração cística do ovário. Causa aumento de tamanho e presença de cistos múltiplos.

Ejaculação retrógrada: condição que causa a liberação do ejaculado dentro da bexiga durante o orgasmo.

Embrioblasto: é responsável pela formação do embrião. Isto ocorre aproximadamente no 7º dia de gestação. É a parte que irá levar a blástula em formação a aderir no endométrio.

Endométrio: tecido que reveste a cavidade uterina, tem a função de servir de leito de implantação do embrião e renova-se a cada ciclo por meio da menstruação.

Endometriose: endométrio funcionante ou tecido similar a endométrio fora da localização normal do mesmo (revestimento mucoso da cavidade uterina).

Estradiol: hormônio produzido pelas células foliculares do ovário.

Fenótipo: aspecto externo do ser vivo; conjunto de caracteres que se manifestam visivelmente em um indivíduo e que exprimem as reações do seu genótipo, isto é, de seu patrimônio hereditário, diante das circunstâncias particulares de seu desenvolvimento em face de seu meio.

Folículo: estrutura semelhante a um cisto, preenchido por fluido, logo abaixo da superfície ovariana, que cresce até a maturação do óvulo.

Gonadotrofina corionica humana (hCG): hormônio produzido pela placenta durante a gravidez, e que é freqüentemente associado ao clomifeno ou hMG para o tratamento de problemas ovulatórios.

Hiperplasia supra-renal: enfermidade originada por uma produção aumentada de andrógenos pelo córtex da supra-renal.

Hiperprolactinemia: elevação patológica do nível sérico do hormônio prolactina. Na mulher tem como consequência anovulação, amenorréia hipogonadotrófica e eventualmente galactorréia.

Hipospadia: abertura da uretra

Hipoplasia uterina: útero pouco desenvolvido.

Hipotireoidismo: hipofunção (função diminuída) da glândula tireóide.

Hormônio folículo estimulante (FSH): Em mulheres, FSH é o hormônio pituitário responsável pela estimulação das células foliculares no crescimento do ovário, estimulando o desenvolvimento de óvulos e a produção do estrogênio feminino. No homem, FSH é o hormônio pituitário que viaja na corrente sanguínea para os testículos e ajuda a estimulá-los a fabricar o esperma.

Hormônio liberador de gonadotrofina (GnRH): Hormônio secretado pelo hipotálamo induz a glândula pituitária a liberar os hormônios folículo estimulante e luteinizante na corrente sanguínea. FractelÒ e LutrepulseÒ são marcas.

Hormônio luteinizante (LH): hormônio que dispara a ovulação e estimula o corpo lúteo a secretar progesterona.

Insuficiência ovariana: debilidade funcional (hipofunção) do ovário.

Mioma uterino: tumor muscular benigno (leiomioma, fibromioma, adenomioma) do útero, que se forma em aproximadamente 20% das mulheres com mais de 30 anos.

Nidação: implantação do óvulo na mucosa uterina.

Oócito: célula originária do ovo antes da formação dos glóbulos polares. Igual a óvulo.

Orquite: inflamação nos testículos.

Pólipo uterino: adenoma uterino ou hiperplasia poliposa, geralmente benigna, da mucosa uterina partindo da camada basal do endométrio.

Pseudo-hermafroditismo: existência conjunta das gônadas de um sexo com genitais e caracteres sexuais de outro, coincidindo o sexo gonadal com o cromossômico.

Trompas de falópio: dois tubos perto de cada um dos ovários – função: transportar ao útero o ovo fecundado.

Vaginite: inflamação aguda ou crônica da vagina, freqüentemente sob a forma clínica de vulvovaginite.

Varicoccele: presença de veias varicosas no escroto. Nesta condição o fluxo sanguíneo segue uma direção anormal nos testículos.