

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES NA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

Bárbara Yuri Uemura

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES NA
FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Bárbara Yuri Uemura

Presidente Prudente/SP
2003

A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES NA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Dr. José Hamilton do Amaral

Dra. Paula Pontalti Marcondes Moreira

Presidente Prudente, 26 de Novembro de 2003.

Dedicatória

A Deus, Autor e Consumidor da minha fé, por me sustentar a cada dia, dando-me proteção e tranquilidade para superar todos os obstáculos de minha vida, por seu amor, sua graça e sua infinita misericórdia. Por que d'Ele, por Ele e para Ele são todas as coisas;

Aos meus pais, que ao longo desses anos se empenharam para realizar meu sonho, por cada momento que dedicaram a mim, por serem quem são, exemplos de vida e dignidade, por todo o amor demonstrado. Eu amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas, amigos, parentes, professores e funcionários da faculdade, que me incentivaram, através de atos, palavras ou pelo simples silêncio; vocês foram indispensáveis para a concretização desse sonho.

Ao meu irmão Lucas, pela preocupação e pelo apoio.

A uma pessoa que não poderia deixar de constar nos meus agradecimentos e homenagens, por ter agüentado todas as minhas reclamações, dúvidas e sugestões durante todo o decorrer do curso. Uma pessoa que aprendi a admirar por toda sua sabedoria. À você Sérgio Tibiriçá do Amaral, minha eterna gratidão e admiração.

Aos meus amigos de estágio Fábio, Fernando e Bruno pelo apoio e incentivo, especialmente à Dra. Vanessa Casotti pela compreensão e paciência, sem a qual não conseguiria realizar este trabalho.

Aos colegas do 5º “A” e “C” que me acolheram em especial às minhas amigas, Viviane, Érika e Daniela.

Ao meu orientador Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior pela paciência e compreensão dispensadas no decorrer deste trabalho.

Aos ilustres membros da banca examinadora Dr. José Hamilton do Amaral e Dra. Paula Pontalti Marcondes Moreira pelo tempo dispensado.

Ao Alex pela atenção, apoio e incentivo.

Muito Obrigada!

Bárbara Yuri Uemura

Epígrafe

O homem será feito em laboratório. Será tão perfeito como no antigório.

Rirá como gente, beberá cerveja deliciadamente.

*Caçará narceja e bicho do mato. Jogará no bicho, tirará retrato com maior capricho.
Usará bermuda e gola roullée. Queimara arruda indo ao canjerê, e do não objeto fará
escultura. Será neocroncreto se houver censura. Ganhará dinheiro e muitos diplomas,
fino cavalheiro em noventa idiomas. Chegará em Marte em seu cavalinho de ir a toda
parte mesmo sem caminho.*

O homem será feito em laboratório, muito mais perfeito que no antigório.

*Dispensa-se amor, ternura ou desejo. Seja como for (até num bocejo) salta da retorta um
senhor garoto. Vai abrindo a porta com riso maroto:*

“nove meses, eu? Nem nove minutos.”

Quem já conheceu melhores produtos? A dor não preside sua gestação.

Seu nascer elide o sonho e aflição. Nascerá bonito? Corpo bem talhado?

*Claro: não é mito, é planificado. Nele, tudo exato, medido, bem posto: o justo formato, o
standard do rosto. Duzentos modelos, todos atraente.*

(Escolher, ao vê-los, nosso descendentes.)

Quer um sábio? Peça. Ministro? Encomende. Uma ficha impressa a todos atende.

Perdão: acabou-se a época dos pais. Quem comia doce já não come mais.

Não chame de filho este ser diverso que pisa o ladrilho de outro universo.

Sua independência é total: sem marca de família, vence a lei do patriarca.

Liberto da herança de sangue ou de afeto, desconhece a aliança de avô com seu neto.

*Pai: macromolécula; mãe: tudo de ensaio e, per omnia secula, livre, papagio, sem memória
e sexo, feliz, por que não? pois rompeu com o nexo da velha Criação,*

*eis que o homem feito em laboratório sem qualquer defeito como no antigório,
acabou com o Homem. Bem feito.*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente trabalho aborda a reprodução humana assistida, dando maior respaldo à técnica de Fertilização *in vitro* (FIV), pois dela resulta os embriões excedentes. Grande é a polêmica a respeito do destino que se deve dar a esses embriões concebidos e que não foram utilizados para a implantação.

Diante da amplitude de questões jurídicas que decorrem da utilização da FIV, a presente monografia se restringe apenas a analisar a situação jurídica desses embriões excedentes com o objetivo de expor quais as hipóteses de sua destinação, ou seja, dentre os diversos problemas acarretados pelas inovações tecnológicas na área reprodutiva, os mais angustiantes se revelam da prática do congelamento de embriões, da eliminação dos embriões, da redução de embriões já implantados no útero feminino, assim como a possibilidade de serem feitas pesquisas sobre o embrião, assim como a doação desses embriões; para isso, são analisadas algumas teorias sobre o início da vida.

O enfoque principal é a Fertilização *in vitro* e os direitos do embrião fecundado extracorporeamente.

O trabalho envolve questões que não estão legalmente regulamentadas, posto que, o direito não tem acompanhado o avanço da ciência, especialmente na área da reprodução assistida.

Busca-se retratar a problemática dos embriões fecundados *in vitro* frente a lacuna jurídica existente.

O ordenamento jurídico não oferece soluções adequadas para os problemas éticos, morais, religiosos e jurídicos que vem surgindo, evidenciando assim, a carência de um direito novo ante a dificuldade de se aplicar o direito vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Humana Assistida; Fertilização *in vitro*; Destinação; Embriões Excedentes.

ABSTRACT

The present essay approaches the watched reproduction of human being, giving a greater attention to the technique of *in vitro* Fertilization (IVF), because it results in exceeding embryos. It is great the controversy regarding the destination that must be given to these conceived embryos that had not been used for the embryo placement.

Because of the wide range of legal questions that elapse from the use of the IVF, the present monograph is restricted to analyze the juridical situation of these exceeding embryos, with the objective of displaying the hypotheses of its destination, that is, amongst the diverse problems caused by the technological innovations in the reproductive area, the most overwhelming are shown at the practice of freezing the embryos, elimination of the embryos, the reduction of embryos already replaced in the uterus, as well as the possibility of being made research on the embryo and the donation of these embryos; for this, some theories on the beginning of the life are analyzed.

The main approach is the *in vitro* Fertilization and the rights of the embryo fecundated out of the feminine organism.

The essay involves questions that are not legally regulated, once the law has not followed the advance of science, especially in the area of watched reproduction.

It searched to demonstrate the concerning on the embryos fecundated in reason of the existing legal gap.

The legal system does not offer proper solutions for ethical, moral, religious and legal problems that has arisen, thus evidencing, the lack of a new law by virtue of the difficulty of applying the current law.

Keywords: Watched Human being Reproduction; *In vitro* Fertilization; Destination; Exceeding embryos.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURAS

FIGURA 1 – Esquema de Inseminação Artificial.....	25
FIGURA 2 – Esquema de Fertilização <i>in vitro</i>	26
FIGURA 3 – Esquema de Transferência de Gameta para as Trompas.....	27
FIGURA 4 – Esquema de Processo de Fecundação.....	34
FIGURA 5 – Imagens – Formação do Embrião.....	35
FIGURA 6 – Esquema de Fecundação e Implantação.....	36
FIGURA 7 – Congelamento.....	124

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 BREVE HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS.....	15
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	22
2.1 A Técnica da Fertilização <i>in vitro</i>	31
2.2 Os Embriões Excedentes.....	42
2.2.1 Aspectos Éticos.....	45
2.2.2 Aspectos Morais.....	52
2.2.3 Aspectos Religiosos.....	57
3 PERSONALIDADE JURÍDICA DOS EMBRIÕES PRÉ-IMPLANTATÓRIOS.....	64
3.1 O Início da Vida.....	68
3.2 Teorias sobre o Início da Vida.....	73
3.2.1 Teoria Concepcionista.....	80
3.2.2 Teoria Nidacionista.....	82
3.2.3 Teoria Genético Desenvolvimentista.....	84
3.2.4 Teoria da Potencialidade da Pessoa Humana.....	84
4 A SUPREMACIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	89
5 O EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTATÓRIO PERANTE A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	100
6 O DIREITO À VIDA E A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES.....	112
6.1 A Crioconservação do Embrião Congelado.....	120
6.2 A Destruição do Embrião Congelado.....	124
6.3 A Utilização do Embrião em Pesquisa Científica.....	125
6.4 A Doação do Embrião.....	127
6.5 A Comercialização do Embrião.....	128
7 CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
ANEXOS.....	139

INTRODUÇÃO

O combate a esterilidade é um obstáculo enfrentado pelo homem há tempos, já que esta era vista como uma desgraça pessoal e calamidade social, porém, vem sendo modernamente, combatida pelas novas técnicas de reprodução humana assistida.

A Medicina, seguindo o seu escopo de preservação do corpo humano, mas igualmente o de tratar e curar as deficiências deste, encontra-se a desenvolver no campo da infertilidade um trabalho com sucessos surpreendentes e resultados irreversíveis. A infertilidade deixou de ser considerada um pecado ou uma vergonha, para ser encarada como uma deficiência do corpo humano passível a qualquer pessoa e com possibilidades de ser tratada.

Atualmente, o número de casais que buscam na reprodução humana assistida a solução para os seus problemas de infertilidade tem crescido cada vez mais. Essa é uma nova realidade que apresenta reflexos no campo jurídico. Assim, é necessário que os operadores do direito reflitam sobre as questões jurídicas, morais, éticas, sociais, biológicas e religiosas trazidas pelas novas técnicas de procriação, a fim de que possam responder às demandas jurídicas decorrentes desses avanços científicos.

O avanço da ciência, principalmente na área da reprodução humana assistida, pode corresponder a novas perspectivas para o ser humano porém, criam também situações complexas, pois a princípio, o que parecia ser “a cura para alguns males”, tornou-se rapidamente num assunto de especulação, de manchete de jornal, de escândalos e de problemas morais, éticos, religiosos e jurídicos que advieram da prática alargada e generalizada destes métodos e, sobretudo, da ausência de normas jurídicas que possam enquadrar estas situações.

Dentre as técnicas de reprodução artificial humana que existem atualmente, o trabalho se restringe a analisar mais profundamente a FIV, ou seja, a técnica da fertilização *in vitro* e o destino dos embriões excedentes resultantes de tal técnica, porém, é ainda apresentado, mesmo que superficialmente, as demais técnicas reconhecidas e aplicadas em nosso país.

Na FIV, é possível criar um número maior de embriões do que o necessário para obter a gravidez, pois, com isso, pretende-se garantir o sucesso da tentativa. Porém, o que fazer com os embriões excedentários? Deve-se criopreservá-los ou simplesmente eliminá-los como lixo hospitalar? Ou ainda, devem ser doados a outros casais ou servirem de cobaias em pesquisas com diversas finalidades?

Embora se permita a Fertilização *in vitro*, as conseqüências da destinação dos embriões excedentes criam problemas éticos, morais, religiosos e jurídicos que não podem ser deixados de lado, haja vista a relevância deste assunto, será motivo de discussão no presente trabalho.

A falta de legislação que regule as técnicas de reprodução assistida, principalmente no que tange ao destino a ser dado aos embriões fertilizados *in vitro* e congelados, traz incertezas, vez que não há consenso a respeito de serem considerados sujeitos de direitos, possuidores de vida humana, ou não. Tal fato é o que se pretende discutir no presente trabalho.

Diante de tamanha divergência em relação ao embrião *in vitro* ser considerado vida humana ou não, existem quatro teorias a este respeito que são um dos pontos centrais da presente pesquisa.

Além disso, o Código Civil Brasileiro vigente dedica normas específicas às pessoas naturais, ao nascituro e à prole eventual, não trazendo mudanças em relação ao Código Civil anterior sobre o assunto, sendo da mesma maneira falível, deixando mais uma vez esses embriões em situações estranhas à ordem estabelecida, porquanto inexata sua adequação a qualquer das categorias oportunamente analisadas no presente trabalho.

Assim, o objetivo da pesquisa é provocar reflexões sobre a técnica da Fecundação *in vitro* (FIV) e o destino dos embriões excedentes, demonstrando aos operadores de direito que a atual situação decorrente da FIV, necessita de regulamentação ou no mínimo, uma extensão de direitos, visando buscar a segurança jurídica.

Resta evidente que nossa legislação não regula, especificamente, a matéria relativa a FIV e o destino dos embriões excedentários, não apresentando soluções para os problemas dela decorrentes.

Assim, é necessária reflexão sobre o tema, exigindo-se atitudes dos legisladores.

Observa-se que os avanços detectados no campo da reprodução humana assistida não são acompanhados pelo direito, por isso a escolha do presente tema.

O direito, em seu sentido mais abrangente, foi criado para regular as relações sociais entre as pessoas. O direito só pode existir em razão do homem. Dentre todos os “direitos”, o de maior valor é o Direito à vida, o qual é resguardado por todos os povos (cada uma a sua maneira), pois dele derivam todos os demais. É muito difícil encontrar uma definição exata do que é direito; para os romanos o *jus* era considerado a arte do bom e do justo – viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não fazer mal a ninguém, mas sabe-se que atualmente o conceito de direito é muito mais abrangente, tendo vários aspectos sociais.

Mas, para que o direito seja realmente completo, deve-se protegê-lo, analisando eventuais lacunas que o cercam. Ele exige exercício de outros direitos, como saúde, trabalho, educação, dignidade, etc. impondo ao Estado o dever de zelar pela vida do seu povo, principalmente dos considerados hipossuficientes.

Um fato que será analisado é o contraste entre a veloz evolução científica e a lentidão do direito. Com os avanços alcançados nas áreas da ciência, saúde e tecnologia importante se faz uma discussão sobre o que é ético e também os direitos decorrentes dos avanços genéticos.

Não pode ser esquecido que o desenvolvimento científico e tecnológico é criado para o bem do ser humano. É sabido que o trabalho e a pesquisa são livres, mas devem respeitar a ética, e a dignidade humana, assim, a intervenção legislativa em aspectos tão importantes se faz essencial, em assunto tão delicado.

Não se pode impedir o desenvolvimento da ciência, principalmente quando ela busca corrigir ou paliar as doenças e sofrimentos da humanidade, devendo-se compreender que as técnicas reprodutivas tendem a se aprimorar e melhorar seus resultados de modo crescente, sendo que, num futuro próximo, arrisca-se afirmar que não haverá mais necessidades de produzir-se embriões excedentes, nem de congelá-los, poder-se-á evitar gravidezes múltiplas, tão

perigosas para a mãe e para os filhos.

No aguardo desses aperfeiçoamentos das técnicas, cabe encontrar meios de se assegurar a utilização criteriosa desses procedimentos, evitando-se que os embriões humanos sejam tratados sem o devido respeito condizente com a sua humanidade, constituindo essa a linha de sustentação do referido trabalho.

Portanto, a fim de tratar das diversas inovações trazidas pelas técnicas de reprodução humana assistida e pela Engenharia Genética, precisa-se observá-las a partir da noção de pessoa humana, considerada como um fim em si mesma, salvaguardando-se sua liberdade, sua dignidade e seu direito à vida, desafiando a sociedade frente à aceleração prodigiosa da Ciência sendo que o papel do direito será o de instruir este árduo caminho.

Partindo desta premissa, e por considerar que a função principal do direito é proteger o ser humano, bem como sua integridade e dignidade, esta pesquisa tende à importância de ressaltar a destinação dada a estes embriões excedentários resultantes da técnica da fertilização *in vitro*, bem como, questionar se o ente concebido para posterior implantação no útero da mulher deve ser considerado “pessoa”, sujeito de direitos, inclusive o direito à vida.

Além disso, procura-se através deste singelo estudo, quanto aos embriões excedentes, alertar para a injustiça do não reconhecimento de seus direitos, e principalmente de sua condição humana. Fato que além de injusto, revela-se incoerente, pois se a Lei impõe que deve-se manter o ambiente saudável para as gerações futuras, absurdo não proteger essa própria geração futura.

A metodologia utilizada será a dedutiva, pois tem o propósito de explicar e ampliar o conteúdo das premissas para atingir a “certeza”.

Os métodos de procedimento utilizados serão: método histórico, para investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje; método estatístico, para fornecer uma descrição quantitativa da sociedade, considerada com um todo organizado, ou seja, dados estatísticos de pessoas que se utilizaram das técnicas de RA e que obtiveram sucesso ou não, além do índice de crianças que nasceram dessas técnicas.

As técnicas de pesquisa a serem utilizadas serão a documentação indireta: pesquisa documental, arquivos particulares, fontes não escritas, pesquisa bibliográfica e na observação direta intensiva, será utilizada a observação sistemática, observação não participante e a entrevista despadronizada, utilizando-se dentro desta, a modalidade clínica; não será utilizada a técnica da observação direta extensiva.

O desenvolvimento do tema, objeto do presente trabalho dar-se-á, principalmente, através do caráter teórico, utilizando como instrumentos de investigação a pesquisa bibliográfica, concernentes a análise da doutrina, artigos comentados e interpretados, Internet (rede mundial de computadores), periódicos e revistas, algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina e projetos de lei sobre o tema enunciado.

As áreas do Direito relacionadas com o presente tema são: Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional.

1 BREVE HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS

Em algum momento, o desejo de ter um filho surge na vida do casal. Essa força íntima e, ao mesmo tempo, comum a toda a humanidade vem de um instinto de preservação impresso por milhões de anos na memória de nossos ancestrais. Ou, então, alimenta-se de uma secreta ambição de imortalidade. Consciente do aspecto transitório da vida, o homem assim lança mão do único recurso que a natureza lhe deu para se vingar de sua efemeridade: procriar.

Mas quando, por algum motivo, esse projeto de continuidade é substituído pela constatação de um quadro de esterilidade, dá-se lugar a frustração. Causa milenar de infelicidade, a impossibilidade de ter filhos transforma o casal em protagonista de um antigo drama, dando lugar a sentimentos de desvalorização social e familiar.

Diante de tal dificuldade, graças ao avanço científico e tecnológico, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida como uma tentativa de solucionar os problemas de casais que não conseguem ter filhos. Hoje, essa verdadeira epidemia global que é a infertilidade, está sendo derrotada através dessas técnicas, já que cada vez mais os casais estéreis procuram ajuda da medicina para alcançar o tão almejado sonho de ter um filho, mesmo que seja por métodos não convencionais (artificiais).

Inicialmente, as técnicas de reprodução artificial eram realizadas em vegetais e animais. Posteriormente é que foi desenvolvida em seres humanos.

Desde as épocas mais remotas, mais precisamente entre os povos árabes e babilônicos, é que se tem conhecimento das primeiras investigações com palmeiras às quais foram seguidas com peixes e mamíferos e somente com a evolução científica pôde-se chegar à espécie humana.

A mitologia é rica em casos de mulheres que engravidaram fora do ato sexual. Segundo o mito grego de Ates, por exemplo, Zeus caiu na terra e gerou o hermafrodita Agstidis. Os outros habitantes do Olimpo se apossaram de Agstidis e o castraram. Do membro decepado e enterrado, nasceu uma amendoeira. Nana,

filha do rei Sangário, foi até a amendoeira, colheu uma amêndoa e colocou-a em seu ventre. Dez meses mais tarde nasceu o belíssimo Ates, por quem, mais tarde, Agstidis veio a se apaixonar.¹

Existe ainda, outra lenda segundo a mitologia grega envolvendo o nascimento de Perseu, cuja mãe Danae, filha de Acrísio, encontrava-se enclausurada para evitar a concepção de um filho que viria a matar o avô, usurpando-lhe o trono. No entanto, Zeus, tendo transformado seu próprio sêmen em chuva de ouro, inseminou a moça durante o sono.²

Existem também, as lendas orientais, segundo o qual o mito japonês Vanijiin, deusa da fertilidade, inseminava as mulheres que visitavam seu templo no alto da montanha.

Além das lendas da mitologia grega, e dos mitos orientais, a história registra o caso em que, na Espanha do século XV, Henrique IV D. Joana de Portugal, tentaram a concepção de um herdeiro através de métodos artificiais, no entanto, consta que o rei repudiou a mulher e negou-se a reconhecer a filha.

Em meados do século XVII, Marcelo Malgighi realizou testes de técnicas artificiais em ovos de bichos-de-seda e, e no século XVIII, L.Jacobi fez tentativas de inseminação em peixes. Ainda neste século, no ano de 1784, o cientista Lázaro Spallanzani conseguiu fertilizar uma cadela.

Os experimentos e investigações a respeito da inseminação artificial iniciaram no ano de 1790, momento em que o cientista Cary admitiu a adaptação das técnicas de reprodução bovina na espécie humana, porém, somente no ano de 1799 é que o médico inglês John Hunter obteve êxito na inseminação artificial em uma mulher, razão pela qual foi objeto de repulsa pela sociedade e pela Medicina da época.

Na França no ano de 1833, Girand realizou, pela primeira vez, a inseminação artificial homóloga. E no ano seguinte, nos Estados Unidos, foi

¹ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro” – da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 89.

² SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 6.

efetuada a primeira inseminação artificial heteróloga, por iniciativa de Pancoast.³

Entretanto, somente em 1866 foi conseguida a primeira gravidez por meio da inseminação artificial, embora tenha resultado em aborto.

Em relação as primeiras investigações da técnica da fertilização “*in vitro*” (FIV), a história nos remete ao século XIX, no ano de 1878.

A partir desta data iniciaram-se vários experimentos utilizando tal técnica, porém sem êxitos.

Até o início do século, as tentativas frustradas se resumiam à esfera animal. A FIV humana começou em 1944, quando dois biólogos, Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões normais a partir de mais de uma centena de óvulos humanos colhidos nos ovários e colocados em presença dos espermatozoides.⁴

Em 1910 ocorreu um grande salto para as práticas artificiais de reprodução, pois Ivanov descobriu a possibilidade de conservar o líquido seminal por resfriamento, generalizando seu uso na pecuária com a criação de bancos de sêmen, essa técnica atualmente é muito utilizada também na conservação de gametas e embriões humanos.⁵

A partir de 1947 é que a técnica da fertilização *in vitro* (FIV) começou a solidificar-se com a descoberta da possibilidade de congelar embriões em fase de pré-implantação. Devido a esta descoberta, Smith em 1955 provou que o congelamento é compatível com o desenvolvimento normal de ovos de mamíferos. Desde então, tal técnica foi se refinando.

O primeiro Banco de Sêmen foi criado em 1949, por Roberty Schayshen, sendo registrada a utilização de sêmen congelado nos Estados Unidos em 1933.⁶

Somente em 1969 foram obtidos embriões humanos por fecundação *in vitro* capazes de reproduzir.

³ SCARPARO, 1991, p. 71 apud MEIRELLES, 1998. p. 34.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

⁵ SCARPARO, 1991. p. 7 apud MEIRELLES, 1998. p. 34.

⁶ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BHORGES JR, Edson Onegato. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000. p. 12

Como pôde ser observado através das investigações e experimentos, as técnicas de reprodução humana assistida, passaram por muitas dificuldades, tanto de ordem científica como moral, motivo pelo qual retardou o sucesso dessas técnicas, fazendo com que a reprodução humana assistida se difundisse lentamente.

Contudo, o ano de 1978 marcou o início da maturidade da FIV, pois aos 26 de julho nasceu na Inglaterra Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta” do mundo, no Royal Oldhan and District General Hospital de Lancashire, como resultado do brilhante trabalho desenvolvido pelos médicos Robert Edwards e Patrick Steptoe.

Outro importante salto para a evolução da reprodução humana assistida ocorreu no mesmo ano de 1978, quando os médicos Randolph W. Seed e Richard W. Seed desenvolveram a técnica de transplante de embrião do útero de uma mulher para outra, que passou a ser denominada como “mãe substituta”.⁷

Nesse mesmo ano, nasceu na Índia, o segundo bebê de proveta; sendo que o terceiro bebê nasceu em 1979, na Escócia.⁸

No ano seguinte, 1980, a fertilização *in vitro* deixou de ser um assombro para a sociedade, tendo êxito em mais de cem casos. Surgindo a partir daí preocupações com relação à necessidade mundial de regulamentação dessas novas técnicas.⁹

Portanto, a década de 1980 foi um marco do predomínio humano sobre uma técnica, até então, reservada ao mundo animal.

No Brasil, a fecundação *in vitro* foi inicialmente desenvolvida pelo Dr. Milton Nakamura, do Serviço de Esterilidade Conjugal do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e responsável pelo Setor de Esterilidade Conjugal da Faculdade de Ciências Médicas de Campinas-SP, que adaptou para uso em seres humanos uma técnica desenvolvida no Japão para a inseminação em animais.¹⁰

⁷ SCARPARO, 1991, p. 7 apud MEIRELLES, 1998, p. 34.

⁸ BARBOSA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.34.

⁹ Ibidem, p. 34.

¹⁰ OLIVEIRA, 1984, p. 579 apud MEIRELLES, 1998, p. 34

De acordo com os registros do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o Dr. Milton Nakamura é considerado o responsável pelo primeiro “bebê de proveta” do Brasil, a menina Anna Paula Caldeira, concebida no Centro de Planejamento Familiar daquele médico, e nascida em 1984. No entanto, relato publicado no número 23, de dezembro de 1985, da revista “Arquivos Médicos” da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, atribui ao Dr. Nilton Donadio, diretor do Centro Biológico de Reprodução Humana daquele estabelecimento de saúde, o primeiro sucesso da utilização da técnica, que resultou no nascimento de uma menina, quatro meses mais velha que Anna Paula.¹¹

Além da FIV (fertilização *in vitro*) como técnica de reprodução humana assistida e da inseminação artificial, interessante recordar de outra técnica chamada de “gestação de substituição”, onde há a necessidade da participação de uma terceira pessoa para que, através da procriação, perpetue uma família.

No entanto, tal técnica não é patrimônio de nossa época, havendo algumas passagens bíblicas que retratam a desarmonia e a tristeza originárias da esterilidade, conquanto narram alguns modos de fecundação que se equiparam à forma com que ocorrem às técnicas de reprodução assistida:

Gênesis relata a humilhação de Lia: ‘O Senhor, vendo Jacó desprezar Lia, fê-la fecunda’. Seguindo-se o primeiro parto, Lia exclamou: ‘O Senhor viu minha humilhação, e agora meu marido me amará’.¹²

Raquel filha de Labão, marcada no início pela esterilidade, se dirigiu a Jacó: ‘Dai-me filhos, do contrário, morrerei; ao que lhe retrucou o marido: ‘Estou eu porventura no lugar de Deus, que te privou da fecundidade?’ ‘E lembrou-se Deus de Raquel, e Deus a ouviu, e abriu a sua madre’. E ela concebeu, e teve um filho, e disse: ‘Tirou o Senhor Deus de mim o opróbio’.¹³

Importa salientar que o livro Gênesis, em seu capítulo 30, ao versar sobre a angústia de Raquel ante a esterilidade, descreve claramente a intenção de solucionar o problema através da colaboração de outra mulher para o nascimento do filho de Jacó. Em suma, maternidade de substituição:

¹¹ KRITSCH, 1991, p. 11 apud MEIRELLES, 1998, p. 35.

¹² GÊNESIS, 29 – 32.

¹³ Ibidem, p. 30 – 2; 22; 23.

Raquel disse a Jacó: 'Aqui tens a minha serva [...], vai ter com ela. Que dê a luz sobre os meus joelhos; assim por ela, eu também terei filhos'.¹⁴

Outra passagem do Velho Testamento lembra a gestação por outrem, muito embora a fecundação tenha se dado através da cópula natural: Sarai, mulher de Abrão, sem ter gerado filhos, encorajou o marido a engravidar sua escrava Agar para, ao menos por ela, poder ser mãe. Da união nasceu Ismael.¹⁵

Como se pôde observar, as investigações e experimentos das técnicas de reprodução humana assistida datam dos tempos mais remotos da história, da mitologia, e até mesmo das passagens bíblicas. Desde que começaram a ser desvendados os mecanismos da concepção e alguns de seus desvios, intervir no processo, em busca de resultados mais positivos, tornou-se uma questão de lógica e de tempo.

Muitos médicos e cientistas, ao longo dos séculos, dedicaram e continuam dedicando suas vidas ao estudo da reprodução humana assistida, e que com o passar dos anos, vem obtendo cada vez mais sucesso, graças à brilhante parceria com o avanço da biotecnologia e do conhecimento.

A ciência da Reprodução Humana vem conquistando, nos últimos anos, um crescente apuro tecnológico e um grande acúmulo de conhecimentos sobre os mistérios da concepção.

Os avanços científicos no campo da Reprodução Humana foram notados sensivelmente, evoluindo pouco a pouco, até atingirem o estágio atual, em que várias técnicas artificiais reprodutivas são capazes de concretizar o sonho tão almejado dos casais, desafiando até a própria natureza.

Atualmente, no Brasil, já se utilizam todos os métodos de fertilização artificial proporcionados pela medicina reprodutiva em nível internacional, sendo algumas dessas técnicas: a inseminação artificial (AI ou IA), a fertilização ou a fecundação *in vitro* (FIV ou IVF), a transferência de gametas para as trompas de Falópio (GIFT), a transferência de zigotos nas trompas de Falópio (ZIFT), a inseminação vaginal intratubária, a inseminação intraperitoneal direta e a

¹⁴ GENESIS, 30 -3.

¹⁵ Ibidem, p. 16.

transferência peritoneal de óvulos e espermatozóides (POST), que serão oportunamente ressaltadas.

Todavia, a difusão dessas técnicas dão origem a grandes questionamentos de caráter religioso, ético, moral, científico, filosófico, psicológico e jurídico, visto que essas novas técnicas ultrapassam o padrão comum em que a humanidade estava baseada, ou seja, o milagre da vida pode ocorrer extraordinariamente, e diante disso, surgem novos conceitos sobre o início da vida e da concepção do ser vivo.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Atualmente é grande o número daqueles que sonham com a possibilidade de procriar, entretanto, encontram diversos obstáculos, seja de natureza biológica ou psicológica. Nesse sentido, a ciência tem desenvolvido métodos artificiais para auxiliar esses hipotéticos pais em busca pela auto-realização através da geração de um filho.

Milhões de casais no mundo são atingidos pela infertilidade. As estatísticas mostram que 20% dos casais em idade fértil experimentam dificuldades de gerar filhos.

A infertilidade sempre foi uma grande preocupação para o homem desde a Antigüidade, pois a esterilidade era vista como um fator degradante da sociedade, já que esta tinha como base da família o casal e seus filhos.

A esterilidade era tida como uma maldição de Deus e a mulher estéril era discriminada e desprezada pelo marido. Nesta época, buscava-se solucionar tal problema, através de meios terapêuticos, tais como chás e ervas.

Esse verdadeiro dogma em crer que a mulher era a responsável pelo fracasso na tentativa de gerar um filho, era creditado, em parte, à falta de conhecimento sobre a constituição do sêmen masculino, muito mais sujeito a falhas e imperfeições do que se imaginava. Mas o motivo mais forte, sem dúvida, era de natureza cultural, ou seja, o machismo.

A própria medicina ajudava na manutenção do equívoco. Os pesquisadores, quando se davam o trabalho de analisar o sêmen, no máximo quantificavam os espermatozoides, sem qualquer consideração quanto as suas características de qualidade ou potencial de fertilização.

Entretanto, já se foi o tempo em que a infertilidade tinha sempre um único culpado: a mulher como foco de todas as diligências.

Vários são os fatores que causam a esterilidade ou incapacidade para procriar, tanto do lado feminino quanto do masculino.

Segundo os conceitos médicos, casal infértil é aquele que não engravida em um período de um ano de tentativas, sem o uso de qualquer contraceptivo.

Mas isso não é regra e pode sofrer variações, como quando se detecta logo de saída algum problema que, sabidamente, inviabiliza a fecundação.

O termo fecundação é destinado a designar a união dos núcleos das células reprodutoras masculinas (espermatozóides) e feminina (óvulo), também chamadas gametos (ou gametas), que se convertem em uma única célula: “zigoto” ou “ovo”.

Em condições naturais, a fecundação tem lugar no aparelho genital feminino, mais precisamente nas trompas de Falópio. Depois da fecundação, o zigoto desenvolve-se rapidamente e após cerca de 66 horas já está constituído por oito células e é denominado “mórula”; ao mesmo tempo, ajudado por contrações das trompas, chega ao útero, onde vai implantar-se (nidação) e completar os nove meses de gravidez.

Fatores de ordem biológica, médica ou psíquica podem impedir a união das células germinativas masculina e feminina, determinando por vezes, a esterilidade, e por outras, a incapacidade para procriar.

Visando corrigir tais anomalias, a medicina moderna apresenta alguns métodos artificiais para atenuar os problemas relativos à reprodução, porém, mesmo havendo vários casos satisfativos, com excelentes resultados, elas geram grandes polémicas no aspecto ético, moral, religioso e jurídico, provocando diversidade de opiniões.

Na procriação artificial os óvulos e espermatozóides são tratados extracorpóreamente e as técnicas mais conhecidas são a Inseminação artificial e a Fertilização artificial *in vitro* ou FIV.

A expressão Inseminação artificial é destinada a designar a técnica que consiste em ser inseminada a mulher com esperma previamente colhido através da masturbação, e injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.

A inseminação artificial é a técnica mais antiga e pode ser homóloga ou heteróloga.

A Inseminação artificial homóloga é a realizada com a utilização do

sêmen do marido ou do companheiro da paciente e que apresentam apenas alguma deficiência necessitando somente de algum tratamento especial para ajudá-los a chegar até o útero.

Entre as indicações para a Inseminação artificial homóloga destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia, quando é baixo o número ou reduzida a motilidade dos espermatozóides; e a retroejaculação, quando, embora a taxa de espermatozóides seja normal, eles ficam retidos na bexiga, ao contrário do que ocorre na ejaculação normal.¹⁶

Por sua vez, será heteróloga a inseminação artificial quando se recorre a um doador anônimo de espermatozóides porque o marido ou companheiro da paciente não tem ou tem em número insuficiente. Geralmente o líquido seminal doado é armazenado em bancos de sêmen e dentre os cuidados que requer a seleção do doador, ressaltam-se: o teste da AIDS – Síndrome de Imunodeficiência Adquirida; o grupo sangüíneo, que deve ser idêntico ao da mulher que se submeterá ao tratamento ou do seu marido; a cor da pele, dos cabelos e dos olhos, bem como a estatura, compatíveis com o casal; e o anonimato do doador.

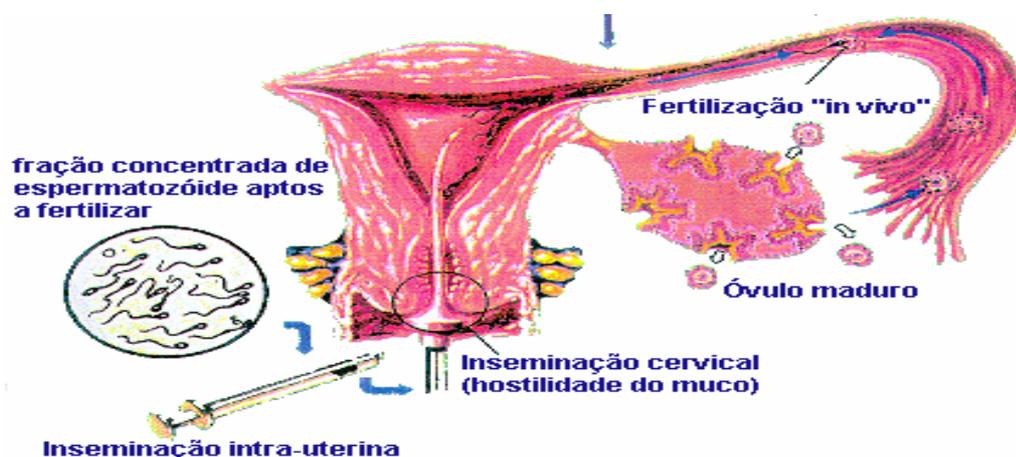
Entre as indicações para a inseminação artificial heteróloga são citadas as seguintes: azoospermia ou oligospermia – casos em que há absoluta esterilidade masculina; doenças hereditárias graves do marido; e ainda, incompatibilidade do tipo sangüíneo do casal, possibilitando a interrupção da gravidez.¹⁷

Nesse caso, a fecundação se dá dentro da mulher, ou seja, intracorporeamente. Faz-se a coleta do espermatozóide do homem que, posteriormente será introduzido artificialmente na mulher para a realização da fecundação. Não há a retirada do óvulo da mulher como na fertilização *in vitro*.

¹⁶ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 10.

¹⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

FIGURA 1 - ESQUEMA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL



Fonte: http://www.abdelmassih.com.br/tratamento/t_pfertilizacao.html. Acesso em: 19 jun de 2003.

No presente trabalho será dada maior ênfase à fertilização *in vitro*, razão pela qual será explicada resumidamente no momento.

Tal técnica consiste na obtenção de gametas femininos e masculinos que são fertilizados em laboratório, sendo posteriormente os embriões transferidos diretamente para a cavidade uterina, como explica Jussara Maria Leal de Meirelles:

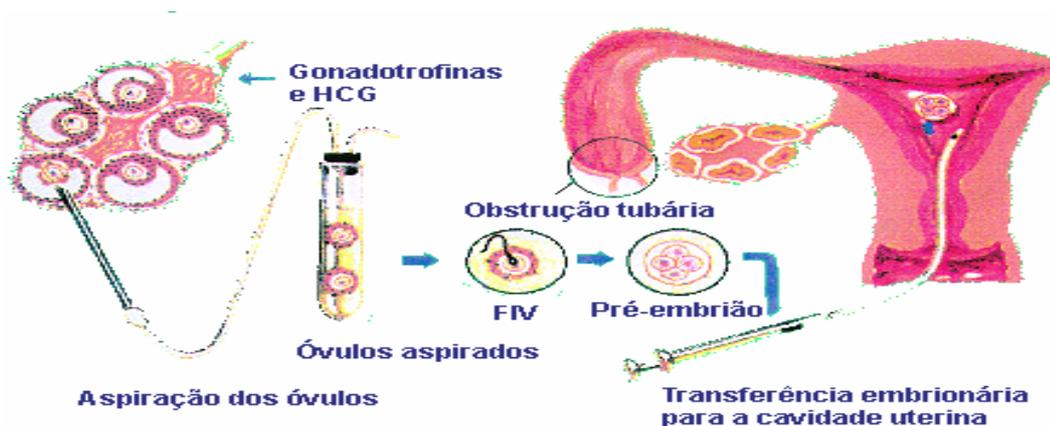
A fertilização *in vitro* (FIV) consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio. A ovulação é induzida por meio de hormônios de modo a que vários óvulos (até cinco ou seis), no mesmo ciclo menstrual, reúnam condições de ser coletados. Os óvulos maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, após, submetidos à inseminação. A fertilização *in vitro*, assim como a inseminação artificial, será homóloga ou heteróloga, conforme seja utilizado o sêmen do marido ou do companheiro da paciente, ou o de doador fértil.

As indicações para a adoção desta técnica têm variado um pouco nos últimos anos, já que foi desenvolvida no sentido de contornar a esterilidade conjugal devida a fator tubário irreversível. Além disso, foi também considerada oportuna em casos de infertilidade masculina, na ocorrência de fator imunológico, na endometriose e na esterilidade sem causa aparente. Embora algumas indicações tenham se tornado relativas, ou como segunda opção para alguns casais, tanto o fator tubário como o peritoneal podem ter como indicações a fertilização *in vitro*. A patologia tubária bilateral sem condições de correção cirúrgica, a

falha de procedimentos prévios para reparar as trompas ou mesmo o fator peritoneal grave são indicações absolutas para este procedimento.¹⁸

Esta é uma técnica bastante comum hoje em dia que vem auxiliando os casais a realizarem o sonho de terem filhos.

FIGURA 2 - ESQUEMA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*



Fonte: http://www.abdelmassih.com.br/tratamento/t_pfertilizacao.html. Acesso em: 19 jun de 2003.

Outras técnicas de reprodução humana artificial são utilizadas na atualidade e consistem, em última análise, em variações das anteriores, como pode ser observado pela breve explanação abaixo.

A **técnica da transferência de gametas para as trompas de Falópio** também denominada “GIFT” do inglês “*Gamete Intrafallopian Transfer*”, consiste na passagem intratubária de gametas femininos e masculinos, previamente coletados nos moldes da fertilização *in vitro*. Difere desta, porém, porque possibilita a fertilização no sítio fisiológico, ou seja, no terço distal da trompa, o que oferece a vantagem de proporcionar condições ideais de nutrição e transporte, tanto para os gametas como para o embrião recém- fertilizado, e, por

¹⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 12.

outro lado, a desvantagem de impedir que se visualize perfeitamente a fertilização, de modo a se avaliar a sua qualidade.

Após a coleta de óvulos, por meio de laparoscopia ou de punção transvaginal, uma vez identificados e classificados, é feita a transferência para as trompas, por via laporoscópica, através de um cateter especial, juntamente com espermatozóides previamente selecionados.

As possibilidades de sucesso são maiores do que as oferecidas pela fertilização *in vitro*, atingindo as cifras de 20 a 55%, e a média internacional de aproximadamente 30%.

Entre as situações para as quais se indica a técnica de transferência de gametas estão: esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de oócito. Alguns destes casos são melhor tratados por outros métodos (ZIFT, PROST), como o fator imunológico e o fator masculino, entre os mais freqüentes.¹⁹

FIGURA 3 - GIFT – ESQUEMA DE TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS PARA AS TROMPAS



Fonte: http://www.abdelmassih.com.br/areamedica/m_tecnicas.html. Acesso em: 19 jun de 2003.

¹⁹ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 14.

Outro método de reprodução humana assistida é a **transferência de zigotos nas trompas de Falópio**, designada sinteticamente pela sigla “ZIFT” *“Zygote Intrafallopian Transfer”*, reúne as vantagens da fertilização *in vitro* (constatação da fertilização e de sua qualidade) com as da transferência de gametas (colocação das gametas e embriões em seu “habitat” ideal), e admite assumir diversas modalidades, conforme os diferentes momentos em que é realizada a transferência.

A eficácia do método (45 a 50%) tem sido considerada superior às da fertilização *in vitro* e da transferência de gametas, devido às já citadas vantagens do ambiente tubário, bem como as relativas ao fator imunológico, posto que pode ser transferido um embrião mais evoluído e, portanto, menos suscetível de agressões imunológicas.

As indicações são idênticas às da transferência de gametas: fator masculino, endometriose, esterilidade sem causa aparente e fator imunológico. Este último assume maior importância, pelo fato de poder ser transferido um embrião mais evoluído e menos suscetível de agressão imunológica.²⁰

Outra técnica de reprodução artificial humana é a **inseminação vaginal intratubária**, que consiste na “cateterização tubária por via transvaginal, orientada por ecografia, e na colocação, no terço proximal da trompas, de espermatozoides, de embriões, ou, ainda, de gametas”.²¹

É um método ainda em fase de experimentação que exige treinamento específico em razão de requerer delicadas manobras para a introdução do cateter. Mas oferece a vantagem de, muito brevemente, possibilitar a realização de todos os procedimentos sem necessidade de laparoscopia nem de anestesia geral, com sensível redução de riscos e custos.

Ainda, há de ser observada a técnica da **inseminação intraperitoneal direta**, embora questionada quanto a sua validade, consiste na colocação de espermatozoides, previamente preparados, diretamente na cavidade peritoneal, por meio da punção do fundo-do-saco vaginal.

²⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 14.

²¹ SCARPARO, 1991, p.15 apud MEIRELLES, 1998. p. 39.

O questionamento gira em torno da probabilidade de produção de anticorpos, pela introdução do sêmen. Mas a técnica proporciona custo reduzido em relação aos outros métodos de fertilização.

As indicações de inseminação intraperitoneal direta são muito semelhantes às da inseminação artificial, como o fator cervical e a esterilidade sem causa aparente e, ainda, os casos em que ocorreu ovulação espontânea e precoce durante as técnicas de fertilização assistida.²²

Finalmente, a última técnica que se tem conhecimento é a **transferência peritoneal de óvulos e espermatozóides** conhecida no meio médico pela sigla "POST" ("*Peritoneal Oocyte Sperm Transfer*"), encontra poucas indicações, e como o nome indica, consiste na transferência de óvulos e espermatozóides preparados para a cavidade peritoneal.

As indicações desta técnica são semelhantes às da inseminação intraperitoneal direta, mas apresenta a vantagem de se evitarem falhas decorrentes da má postura ovular.

Eduardo de Oliveira Leite, utiliza-se das seguintes palavras ao explicar as técnicas de reprodução humana assistida:

A reprodução, que sempre foi tida como o ato mais íntimo do casal, através da procriação artificial, é necessariamente lançada num ambiente de ampla participação, já que óvulos e espermatozóides são tratados extracorporeamente.

Quando o marido não tem espermatozóides, ou em número inferior ao necessário, pode-se recorrer ao doador anônimo de espermatozóides: é o caso da inseminação com doador, ou , heteróloga.

Quando a mulher é atingida, ou seja, nos casos de esterilidade tubária, as trompas, estão ausentes ou obstruídas e as tentativas, para restabelecer uma passagem, fracassaram, recorre-se à fecundação "*in vitro*". O encontro do espermatozóide e do óvulo não ocorrerá na trompa, mas no laboratório, em um tubo ou em cultura laboratorial. A intervenção tem um só objetivo: garantir, durante dois dias, morada e alimento ao óvulo e aos espermatozóides. Se o encontro foi fecundo, o embrião é transferido para o útero materno. Se tudo correr bem, o embrião permanecerá no útero durante nove meses. A este encontro fora do corpo humano é que se dá o nome de fecundação *in vitro*.

Quando os espermatozóides apresentam alguma deficiência torna-se necessário tratá-los, concentrá-los, auxiliá-los a transpor etapas de seu

²² SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 15-16.

percurso até o útero: é o caso da inseminação intraconjugal, ou homóloga, no colo ou na cavidade uterina. Pode também ser a transferência direta dos espermatozoides, ou dos óvulos na trompa, também conhecida por GIFT (Gamete IntraFallopian Transfer).

Os mesmos problemas possíveis no mundo masculino podem ocorrer na esfera feminina. Se a mulher apresentar ausência de óvulos (porque os ovários são desprovidos desde o nascimento, ou porque o estoque se esgotou muito rápido) pode-se recorrer aos óvulos, dados por outra mulher, fecundados “*in vitro*” pelo esperma do marido da mulher estéril, submetendo-se a um simples tratamento hormonal, poderá carregar o embrião (depois filho do seu marido) dando a luz, fazendo assim desaparecer a esterilidade do casal: é a doação de óvulos.

Da mesma forma é possível a doação de embriões a partir dos tratamentos de estimulação ovariana, que possibilitam a obtenção de diversos embriões. Estes embriões excedentes são congelados para se evitar que a transferência no útero, de mais de 3 ou 4 embriões, produza gravidezes triplas ou quádruplas. Os embriões congelados excedentes, que não forem utilizados pelo casal, podem ser doados a outros casais estéreis.

Finalmente, quando é o útero que não tem condições de exercer sua função recorre-se à mãe de substituição (erroneamente chamada e conhecida por “aluguel do útero”). O empréstimo de útero implica na existência de uma mãe portadora, o que gera um problema mais ético-jurídico do que propriamente científico ou médico.²³

Com o avanço da tecnologia e do conhecimento consolidou-se o ápice da medicina reprodutiva, dando origem às novas técnicas de reprodução humana artificialmente assistidas, sendo que seus benefícios já podem ser avaliados, pois casos em que a medicina considerava a esterilidade conjugal irreversível, ou de péssimo prognóstico, podem agora ser tratados com resultados efetivos.

O domínio da micromanipulação de gametas, representou realmente, um divisor de águas tecnológico. A partir daí, novas e surpreendentes técnicas multiplicaram as possibilidades e o alcance dos tratamentos, trazendo esperança aos casais estéreis de realizarem os seus sonhos, gerando filhos.

Por outra vertente, essa grande conquista dá ensejo a preocupações diante da ausência de normatização legal que regularize o assunto, haja vista tratar-se de um tema polêmico, que diverge e assusta a sociedade, devendo ser motivo de observação pelo mundo jurídico.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27-28.

2.1 A TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

São muitos os fatores, sejam ocasionais ou crônicos, diretos ou indiretos, capazes de atrapalhar ou mesmo impedir a gestação natural. Com isto, surgem as técnicas de procriação humana medicamente assistida, dentre elas, a Fertilização *in vitro*, como um dos métodos capazes de solucionar o problema.

O autor Eduardo de Oliveira Leite relata sobre a legalidade do procedimento da FIV:

A primeira questão que surge é a de se determinar se o procedimento da FIV é legal ou ilegal. Considerando que nossa legislação (civil ou penal) não contempla a hipótese, omitindo-se quanto ao assunto, é possível afirmar que, tacitamente, é permitida. A legislação médica (Resolução nº 1.358/92) prevê expressamente na seção IV (Doação de gametas ou pré-embriões) e seção VI (Diagnóstico e tratamento de pré-embriões).²⁴

A fertilização *in vitro* é explicada por Sérgio Abdalla Semião:

A fertilização *in vitro* é a fecundação de um óvulo em laboratório. A fusão dos gametas masculino e feminino, que dão origem ao óvulo fecundado, ocorre extracorporeamente. O óvulo é retirado da mulher e o sêmen do homem é coletado, colocando-os em um tubo de proveta. Após a fecundação, que é provocada artificialmente, o óvulo fecundado, já embrião, é transportado para a mulher, quando se espera que se dê a nidação, que é a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (mucosa uterina), onde passará a se desenvolver a gestação, que nem sempre ocorre. Atualmente o êxito dessa técnica está em torno dos 26%, com algumas variações.²⁵

A respeito da fertilização *in vitro*, Maria de Fátima Freire de Sá leciona:

Nesse sentido, tem-se procedido a uma estimulação hormonal da mulher, obtendo-se, assim, vários óvulos em um mesmo ciclo menstrual. assim, são retirados os óvulos obtidos e, em ambiente laboratorial, postos em contato com os gametas masculinos, visando sua

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 383.

²⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 169.

fecundação. Após a obtenção do ovo, é promovido seu desenvolvimento até obtenção de um embrião capaz de suportar uma transferência para o ventre materno.²⁶

A autora Mônica Sartori Scarparo descreve pormenorizadamente a técnica da fertilização *in vitro* da seguinte maneira:

A técnica consiste na obtenção de gametas femininos e masculinos que são fertilizados em laboratório, sendo posteriormente os embriões transferidos diretamente para a cavidade uterina.

De acordo com os especialistas, a coleta de óvulos pode ser feita por laparoscopia ecográfica (via umbilical) ou, em certos casos, por via vaginal. A via laparoscópica foi usada inicialmente, mas está caindo em desuso, devido à introdução da técnica de punção transvaginal sob controle ecográfico. Esta via possibilita que o procedimento dispense o porte cirúrgico e anestésico da laparoscopia, além de evitar a exposição do oócito às altas concentrações de CO₂ do pneumoperitônio. Outra vantagem reside no maior índice de recuperação dos óvulos, que resulta da possibilidade de punccionar todos os folículos, mesmo aqueles de localização intra-ovariana, que seriam inacessíveis à visão laparoscópica.

Outras vias de punção por controle ecográfico (transabdominal, transuretral ou transvesical) são de menor uso na atualidade. Após ser aspirado, o líquido folicular é submetido a exame laboratorial, com a finalidade de identificar e de classificar o grau de maturidade do complexo cumulus-oócito. A classificação visa a separá-los em dois grupos, os maduros (pré-ovulatórios e intermediários) e os imaturos (prófase I).

Depois da classificação, os óvulos são colocados numa placa, contém meio de cultura completado com soro humano, sendo incubados em estufa, na temperatura de 37 graus Celsius, controlada eletronicamente. Após uma a seis horas, os óvulos maduros são submetidos a inseminação, com espermatozóides previamente preparados. O preparo consiste no enriquecimento e na seleção dos melhores gametas masculinos, e a escolha se baseia nas condições do sêmen, objetivando-se a melhoria de alguns parâmetros. A preparação é iniciada cerca de hora e meia antes da inseminação, que é feita pela adição, ao meio de cultura onde já está o óvulo, de 60.000 a 150.000 espermatozóides móveis e normais.

Após a inseminação, a placa retorna à estufa, onde permanece por mais 12 a 18 horas, quando será reexaminada, para se constatar se houve ou não a fertilização, o que é feito mediante a observação de dois pró-núcleos, que desaparecem após as 18 horas. Neste momento, os embriões são colocados em outra placa, sem espermatozóides e com maior concentração de soro, para complementação do meio. Permanecem na estufa até atingirem o estágio de 2-4 células, momento em que se fará a transferência.

A técnica de transferência envolve inserção de um cateter, pelo orifício cervical, até a cavidade uterina, o que dispensa anestesia; após algumas horas de repouso a paciente terá alta.

²⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 332.

É importante notar que as possibilidades de sucesso desta técnica estão diretamente ligadas ao número de embriões que são transferidos. Acredita-se que o número ideal esteja em torno de três a quatro embriões. Acima deste número, observa-se pequeno aumento nos índices de gravidez múltiplas, o que não tem bom prognóstico obstétrico.

A transferência de cinco ou mais embriões não aumenta esta possibilidade de forma significativa, além de ampliar muito o risco de gestações multifetais. Após a transferência, a paciente se deve submeter a tratamento de suporte progestacional.

Outros fatores envolvidos nas oportunidades de sucesso proporcionadas por esta técnica são a qualidade dos gametas e a idade da paciente, existindo certa superposição destes dois fatores.

A implantação dos embriões transferidos é a chave do problema. Foi inclusive proposta a utilização de ciclos espontâneos para a coleta de óvulos, ou ainda o congelamento dos embriões, para a realização da transferência em um ciclo não-induzido.

As oportunidades de gestação em pacientes acima de 40 anos é de 5 a 13% por ciclo e, destas, em torno de 50% abortam. Os riscos de abortamento nas gestantes com mais de 40 anos situam-se entre 20 a 50%.

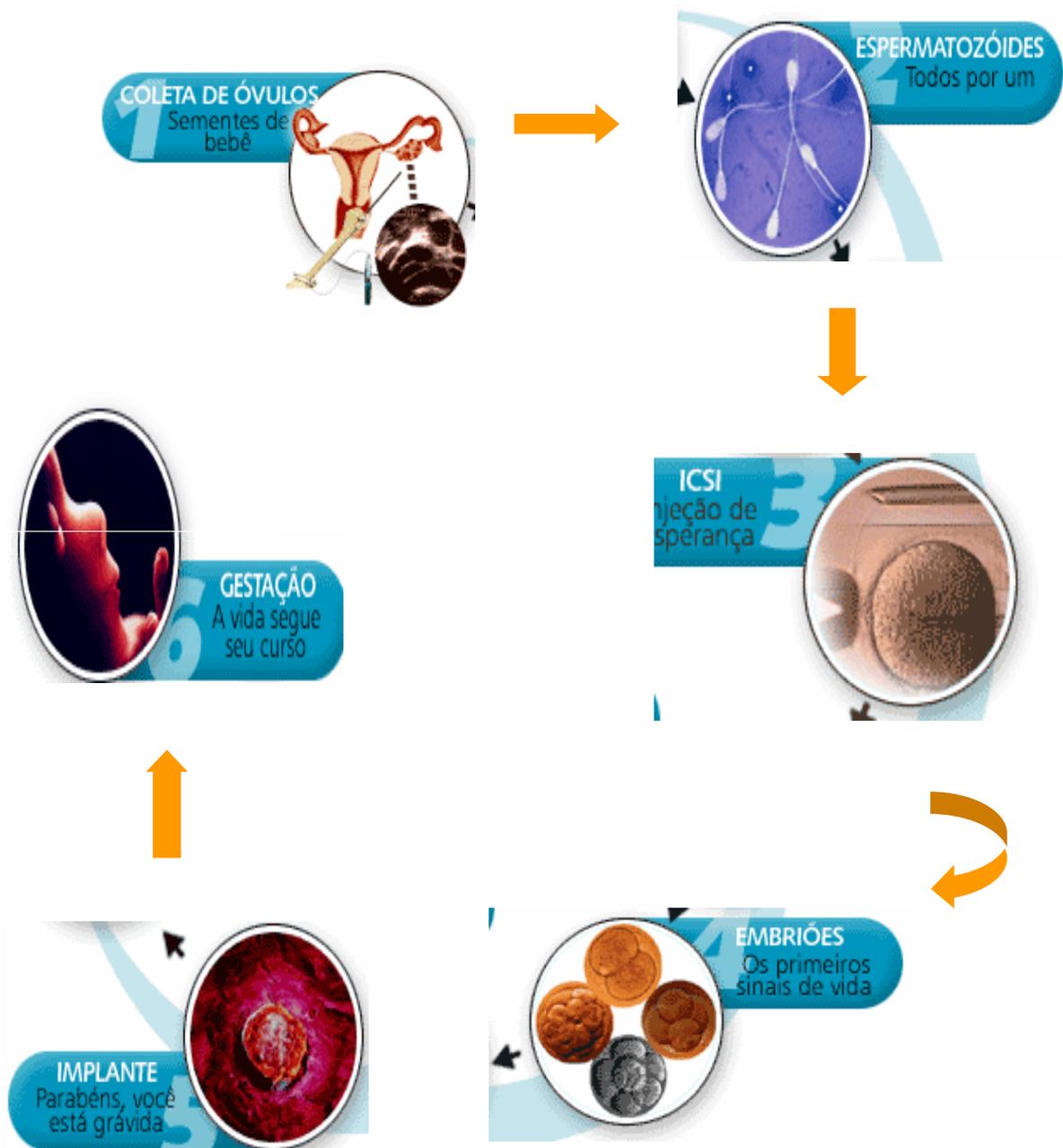
Entretanto, aproximadamente 50% das pacientes abaixo de 35 anos alcançam êxito após seis meses de tentativas.²⁷

Desta forma, com o avanço da fertilização *in vitro*, pode-se observar o desenvolvimento de um número maior de embriões humanos do que se necessita.

As figuras abaixo ilustram bem o processo de fecundação:

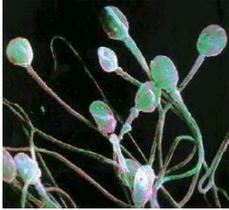
²⁷ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 11-12.

FIGURA 4 – ESQUEMA DO PROCESSO DE FECUNDAÇÃO



Fonte: http://www.abdelmassih.com.br/tratamento/t_pfertilizacao.html. Acesso: 19 jun de 2003.

FIGURA 5 – IMAGENS – FORMAÇÃO DO EMBRIÃO



Esp ermatoz óides



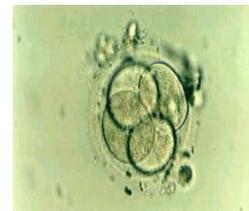
Óvulo



Zigoto com 2 pró-núcleos



Embrião de 2 células



Embrião de 4 células



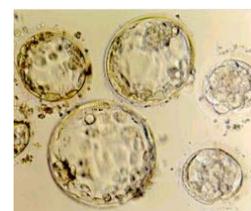
Embrião de 8 células



Embrião em fase mórula

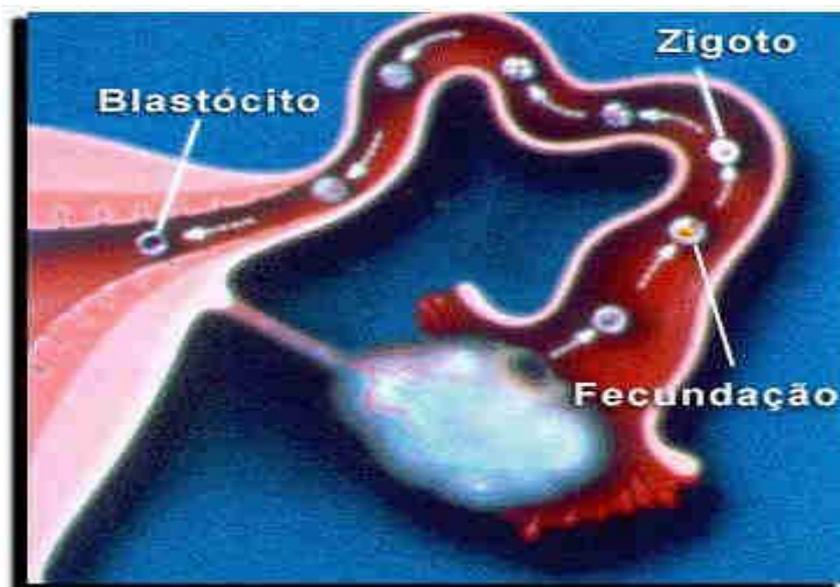


Blastocisto expandido



Blastocistos em vários estágios de desenvolvimento.

FIGURA 6 – ESQUEMA DE FECUNDAÇÃO E IMPLANTAÇÃO



Fonte: <http://www.gineco.com.br/implanta.htm> Acesso em: 19 jun de 2003.

Após a fecundação o ovo começa a se dividir formando o zigoto.

O zigoto se divide em duas células.

Depois quatro células.

E assim em diante até formar o blastócito.

O blastócito vai se implantar na parede do útero e dar origem ao embrião.

Como pôde ser observado através das figuras acima expostas, a fertilização *in vitro* compreende várias etapas:

a)SELEÇÃO DO CASAL: A indicação é para casais com causas tubária de infertilidade; infertilidade por fator masculino; infertilidade sem causa aparente;

b)INDUÇÃO DE OVULAÇÃO: O surgimento de drogas que simulam a ação de hormônios naturais fez com que a grande maioria dos ciclos de FIV, passassem a ser conduzidos em regime de estimulação de ovulação, sob as mais diversas formalidades;

c)MONITORIZAÇÃO DA RESPOSTA OVARIANA: A avaliação da

resposta ovariana às drogas de indução de ovulação é realizada por exames ultrassonográficos(US) periódicos e dosagens corretas;

d) ASPIRAÇÃO DOS OÓCITOS: Em torno de 34 a 36 horas após a administração do HCG (Gonadotrofina Corionica Humana) é realizada a aspiração dos oócitos. Existem várias técnicas de aspiração;

e) CULTURA E FERTILIZAÇÃO: Após a fertilização, os oócitos são classificados de acordo com o estágio de maturação. Os espermatozóides são preparados em laboratório e em média de 4 a 6 horas após a aspiração, é realizada a inseminação;

f) TRANSFERÊNCIA DE EMBRIÃO: O embrião pode ser transferido para o útero em diferentes estágios. Em média, a transferência ocorre entre 72 a 80 horas após a fertilização do embrião apresentando 8 a 10 células.

Eduardo de Oliveira Leite leciona que “a fecundação *in vitro* compreende várias etapas: indução da ovulação, punção folicular e cultura dos óvulos, coleta e preparação do espermatozóide e, finalmente, inseminação e cultura dos embriões”.²⁸

Desta forma, para que ocorra o desenvolvimento da fertilização *in vitro*, primeiramente a mulher é induzida por meio de hormônios a uma super ovulação, para que seja possível a coleta de vários óvulos no mesmo ciclo menstrual, já que em condições normais, ou seja, pela ovulação natural, somente um óvulo é expelido durante o ciclo menstrual. Esta hiper ovulação provocada pela estimulação hormonal, é necessária para que, com a obtenção de vários óvulos, possa aumentar as chances de êxito no processo de gravidez.

Após a hiper ovulação, são verificados quais os óvulos a serem coletados, haja vista que para haver a fecundação *in vitro* é importante que ocorra a maturação do óvulo, pois somente os maduros é que poderão ser fecundados.

É como relata Eduardo de Oliveira Leite:

O primeiro passo na técnica da FIV consiste na indução da ovulação com vistas a obtenção de um maior número de óvulos. Na ovulação natural há liberação de apenas um óvulo; na indução da ovulação procura-se aumentar o número de óvulos para se alcançar maiores chances de obtenção de embriões. A superestimulação ovariana é

²⁸ <http://www.gineco.br/implanta.htm>> Acesso em: 19 jun de 2003.

conseguida com a administração de hormônios que provocam o crescimento de vários folículos contendo óvulos.

As experiências animais, anteriormente desenvolvidas colocaram em evidência um dado fundamental à fecundação: para ser fecundado, o óvulo deveria estar maduro, ou seja, a maturação do óvulo é indispensável ao sucesso da operação. Igualmente, para ser capaz de fecundar o óvulo, o espermatozóide deve se submeter a numerosas modificações. A adequação dos dois fatores (óvulo x espermatozóide apto) é que garante o sucesso das fecundações.²⁹

Contudo, após a produção dos óvulos mediante estimulação por hormônios, os óvulos maduros, com melhores condições, são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, após, submetidos à inseminação, podendo-se obter mais de um embrião.

Atualmente são várias as opções de drogas indutoras oferecidas no mercado, tais como: Citrato de Clomifeno, Gonadotrofina da Mulher Menopausada (HMG), Hormônio Folículo Estimulante Puro Urinário ou Recombinante (FSHU-FSHR), Gonadotrofina Corionica Humana (HCG), Análogos do Hormônio de Crescimento (GNRHA). Além disto, a coleta desses óvulos é feita através de punção sob controle ecográfico que é menos desgastante, sem muitos transtornos para a paciente, como nos ensina Eduardo de Oliveira Leite:

A coleta de óvulos é feita através de punção. Originariamente era feita por laparotomia (abertura cirúrgica do abdômen) ou por laparoscopia (exame endoscópico da cavidade peritoneal) sob anestesia geral.

Os problemas decorrentes da anestesia geral levaram os médicos à procura de um método menos agressivo. Hoje, a quase totalidade das punções é realizada sob controle ecográfico (a agulha de aspiração atravessa o abdômen e a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra). A ecografia permitiu a punção folicular ecoguiada de modo menos traumatizante, com leve anestesia (geral ou local), curta duração e perfeitamente suportável pela paciente. O conteúdo dos folículos (óvulos e fluído folicular) é aspirado pela seringa e imediatamente levado ao laboratório[...]

Encontrado o óvulo é o mesmo colocado num recipiente com 1 ml. de meio de incubação para lavá-lo. Após a lavagem o óvulo é colocado num tubo que contém 1 ml. de meio de cultura. O tubo é colocado numa incubadora onde repousa por algumas horas (4 a 5 horas) para que se processe a sua maturação. Segue-se a adição da suspensão do esperma ao óvulo lavado pré-incubado retornando à incubadora por 12 a 16 horas. Após esse período o ovo é colocado num recipiente e observado no microscópio para verificar se ocorreu a fertilização. Se

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 42-44.

houve fecundação, coloca-se o ovo em um novo tubo onde ele crescerá e se dividirá num meio de crescimento. Se não ocorrer a fertilização, o óvulo é colocado num tubo onde se adicionam 10 a 10.000 espermatozóides para tentar a fertilização.

Decorridas 36 a 48 horas de punção, examina-se novamente o ovo. Se ocorreu a divisão celular (duas ou mais células) transfere-se o embrião ao útero.

O esperma precisa ser igualmente preparado para a FIV.

Após a coleta, o esperma é colocado a liquefazer-se durante 20 minutos em temperatura ambiente. Faz-se então, um espermograma para determinação do número, da mobilidade e da morfologia dos espermatozóides.

Para permanecerem fecundantes, os espermatozóides devem ser extraídos do líquido seminal no qual se encontram. O líquido tem a propriedade de impedir aos espermatozóides sofrerem modificações morfológicas que são indispensáveis à fecundação dos óvulos.

Dois dias após a inseminação, os embriões (esferinhas de 0,2 mm. de diâmetro) dividem-se e apresentam 24 ou mais células (blastômeros) só restando transferi-los ao útero, através de procedimento indolor, utilizando-se cateter especial. Quando isso não é possível normalmente (quer porque o trajeto do colo não é reto, ou porque há obstáculos dificultando a passagem) recorre-se a um cateter rígido e, excepcionalmente, a uma pequena cirurgia, que permitirá colocar os embriões no devido lugar, ou seja, no útero.

Ao contrário do popularmente veiculado pelos meios de divulgação (acientíficos), a criança resultante de uma FIV, não apresenta complicações genéticas ou médicas capazes de comprometer sua normalidade, em comparação as mesmas crianças oriundas de uma fecundação natural, exceptuando-as as possibilidades de gestações gêmeas ou múltiplas (3 ou mais crianças).³⁰

Na lição de Maria de Fátima Freire de Sá:

Entretanto, a técnica utilizada não conseguiu obter um estágio tal que propicie certeza no desenvolvimento necessário do ovo fecundado para sua implantação. Assim, é impossível se prever o número de óvulos a serem obtidos com a hiper-ovulação, bem como a quantidade de embriões em condições de serem transferidos ao útero. Ou seja, fecundam-se vários óvulos, para posterior transferência daqueles novos seres que melhores condições apresentarem à época do implante.³¹

Desta forma, é imprevisível a quantidade de embriões que irão apresentar condições para a fecundação, pois alguns embriões podem apresentar problemas em seu desenvolvimento não se tornando aptos para serem transplantados ao

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 45-47.

³¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 332-333.

útero.

Neste sentido leciona Jussara Maria Leal de Meirelles:

Apesar de o domínio técnico ser quase total sobre as diversas etapas da fertilização *in vitro*, o sucesso da implantação continua apresentando incertezas. Por isso, a prática corrente tem sido efetuar a transferência de mais de um óvulo fecundado, pela estimulação hormonal que provoca na paciente uma hiperovulação. Desta forma, torna-se possível a obtenção de vários óvulos no mesmo ciclo menstrual. Por conseguinte, pode aumentar a porcentagem de êxito (obtenção de uma gravidez evolutiva), geralmente situada entre 10 a 30%, a partir da transferência de diversos embriões para as trompas ou diretamente para o útero.

O número de óvulos que se pode obter mediante a estimulação hormonal é extremamente variável, como também é imprevisível a quantidade de embriões que serão obtidos e, dentre esses, quantos apresentarão as condições necessárias para a posterior transferência.³²

Com isso, outro problema pode surgir no momento de transplantar os embriões para o útero, devido ao grande número de embriões disponibilizados pela hiper-ovulação. Por um lado é vantajoso, pois aumenta as chances de ocorrer uma gravidez, e caso não ocorra, evita-se a múltipla extração de óvulos da paciente. Mas, por outro lado, há desvantagem visto que, pode trazer o risco de se obter uma gravidez múltipla se todos os embriões transplantados se desenvolverem.

Neste caso, ocorre uma preocupação diante da possibilidade de ocorrer partos precoces, nascimentos prematuros e, o mais frustrante e doloroso para a paciente que tanto aguardou a chegada do bebê, o aborto.

Portanto, no momento de transplantar os embriões para o útero podem ocorrer duas situações: um só embrião apto a se desenvolver e ser transplantado ou o desenvolvimento de um número significativo de embriões, não podendo todos ser transplantados, originando aí a problemática dos embriões excedentes ou excedentários, o qual será abordado no presente trabalho.

Essa é uma questão bastante polêmica que gera grandes discussões de ordem moral, ética, religiosa e jurídica, que serão abordados oportunamente.

Nesse sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles esclarece:

³² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 19.

Para contornar esses problemas, no Brasil, a orientação do Conselho Federal de Medicina é no sentido de se limitar a quatro o número de embriões pré-implantatórios a serem transferidos. Nesse sentido, a Resolução/CFM nº 1358, de 11 de novembro de 1992, no seu item I-6: “6-O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.”³³

Sobre a técnica da fertilização *in vitro* leciona Eduardo de Oliveira Leite:

Quando a FIV é homóloga (criança nascida dos gametas do casal, após a fecundação “*in vitro*” e transferência no útero materno) os problemas praticamente inexistem; quando, porém, a FIV é heteróloga (criança nascida após fecundação “*in vitro*” pelo esperma do marido, de um óvulo doado e implantado no útero da mulher, ou criança nascida após fecundação “*in vitro*” de um óvulo estranho ao casal e de um espermatozóide igualmente estranho) as questões se tornam complexas, tanto a nível da responsabilidade médica, quanto do casal, do doador e em relação à própria criança oriunda do procedimento. Isso, sem considerar o problema crucial – ainda não resolvido – dos embriões excedentes.³⁴

O controle da utilização de técnicas de reprodução assistida no Brasil é basicamente informal, com intervenção mínima do Direito. Na prática, os procedimentos em questão são regulados hoje pela Resolução de nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, porém, sem nenhuma eficácia em nosso ordenamento jurídico, servindo somente como um parâmetro ético-médico, que na maioria das vezes não é respeitado.

³³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20-21.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995. p. 383.

2.2 OS EMBRIÕES EXCEDENTES

Como pôde ser observado, para que haja maiores possibilidades de sucesso na fertilização *in vitro*, é necessária uma superovulação para obter um número maior de embriões daquele a ser transplantado no útero da mulher, visando aumentar as chances de ocorrência de gravidez, ou seja, quanto maior o número de embriões, maior a probabilidade de obtenção da gestação e do nascimento com vida. Como consequência disso, dá-se origem aos chamados embriões excedentes ou supranumerários.

Ocorre que, para se obter um número maior de embriões a mulher é estimulada por hormônios a uma superovulação. Isso é necessário para garantir o êxito da técnica, já que, desta forma, há maiores chances de ocorrer uma gestação, evitando-se com isso maiores desgastes psicológicos e encargos financeiros para o casal estéril.

Jussara Maria Leal de Meirelles conceitua que:

Embriões excedentes são aqueles que não foram transferidos ou porque não apresentavam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluir com sucesso, ultrapassaram o número máximo recomendável à transferência por ciclo.³⁵

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

Quanto maior o número de ovócitos colhidos e fertilizados, maior o número de embriões obtidos, o que facilita o procedimento da FIV em suas etapas, elevando-se seu índice de sucesso. Obtidos os embriões determina-se o número a ser transferido[...]

Ou seja, nem todos os embriões, quer por número maior que o pretendido, quer pela qualidade indesejável, chegam a ser transferidos para o útero. A técnica atual permite que os “excedentes” sejam mantidos mediante crioconservação, possibilitando transferências ulteriores.³⁶

³⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 384.

É cabível salientar que, no Brasil, há um limite ético-médico quanto ao número de embriões a serem transplantados, haja vista que o Conselho Federal de Medicina através de sua Resolução nº 1358/92, inciso I-6 declara :

I – Princípios Gerais

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.³⁷

Tal limitação foi regulamentada a fim de evitar que se aumente cada vez mais a quantidade de embriões transplantados de uma só vez para que se consiga o êxito de uma gestação, porém causando riscos para a paciente inclusive com possibilidade de gravidez múltipla.

Contudo, a autora Maria de Fátima Freire de Sá relata que:

Impende ressaltar que a medicina tem recomendado a transferência de, no máximo, quatro embriões para o útero, obtendo assim um aumento de taxa de sucesso no tratamento, que normalmente se situa de 10 a 30%. A transferência de um número superior de embriões não assegura maior possibilidade de êxito no tratamento, como pode, ainda, originar riscos na gestação múltipla, tais como ameaça de aborto e parto prematuro.

Apesar de não aparentar, a descrição do tratamento feita acima representa uma análise fria e resumida a respeito das técnicas utilizadas nesse tratamento, não revelando o aspecto bastante traumático para a paciente que a ele se submete. As diversas incertezas e frustrações pelas quais passam aqueles que optam pelo caminho apontado podem muitas vezes levar a desistência logo após a primeira tentativa mal sucedida. No entanto, o próprio êxito no decorrer do tratamento pois, como se disse, o número dos transplantados normalmente não condiz com os fecundados. Isso sem mencionar o próprio desacordo a que podem chegar os pais no decorrer do tratamento, levando a uma ruptura na relação e desistência da transferência dos embriões fecundados. Este fato traz conseqüências graves em diversos campos, com repercussões inclusive de caráter ético e religioso.

Que fazer com os embriões que não foram utilizados no tratamento? Pode-se simplesmente descartá-los ou existe ali vida humana? Quando se inicia a vida humana? Qual tratamento deve ser dado pelo Direito à vida que se inicia? Considerando a existência de vida no momento da fecundação, como proteger essa vida, ou mesmo essa “potencialidade de ser humano”?³⁸

A partir daí surgem discussões sobre o destino que se deve dar a esses

³⁷ BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº 1.358 de 1992.

³⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 333.

embriões denominados excedentes.

Devido a este impasse há uma corrente que é contrária a FIV defendendo ser inadmissível a produção exagerada de embriões, já que tem um potencial de vida humana que jamais será utilizado. Afirmam ainda que é moralmente inaceitável deixar morrer os embriões não utilizados, haja vista o número de embriões criados serem superior aos transplantados.

Um dado alarmante foi o crescimento avassalador da utilização da técnica de fertilização *in vitro* após o ano de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta. Calcula-se que até os dias atuais, mais de 300 mil crianças foram geradas em clínicas de reprodução assistida, espalhadas pelas diversas partes do mundo.

Tal informação é preocupante, pois este número de embriões congelados cresce a cada dia, e diante da ausência de legislação a respeito surge o risco de ocorrer a eliminação sumária desses embriões ou a manipulação genética dos mesmos. Situações como estas reclamam uma urgente atuação do legislador no sentido de regulamentar essas técnicas impondo limites ao seu uso.

O destino dos embriões excedentes estabelece sérias questões ligadas aos aspectos éticos, religiosos e jurídicos. Certo é que muitas outras dúvidas aparecem, não se tendo uma resposta exata a nenhuma delas.

Alguns laboratórios têm optado por manter os embriões excedentes crioconservados, ou seja, congelados a 196°C, para no futuro determinar seu destino, seja para nova implantação no casal, seja para doação, ou para estudos médicos.

Outros, porém, optam por simplesmente descartar, jogar no lixo, os embriões excedentes. Isso sem se falar na requisição dos embriões para utilização em pesquisas.

2.2.1 Aspectos Éticos

A partir da segunda metade do século XX, ocorreram importantes processos no setor das ciências da vida, desafiando pesquisadores, médicos e juristas, bem como, a opinião pública, devido às novas e difíceis questões que foram suscitadas com o avanço da ciência.

Nas sociedades modernas, a esterilidade gera uma série de tratamentos terapêuticos, dentre os quais, a procriação humana artificial, pela qual tem sido muito questionada, já que não há novas regras para contornar os problemas daí decorrentes.

Tem sido questionado se a esterilidade merece um tratamento adequado, junto às demais técnicas de reprodução humana assistida, ou se, no atual estágio de evolução científica, deve-se recusar os progressos da pesquisa e limitar progressivamente seu avanço.

Portanto, provocar um nascimento através destas novas técnicas é um ato que suscita interrogação de ordem ética e, para responder estas dúvidas, uma reflexão ética foi empreendida em numerosos países.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

Este questionamento ético não decorre de um 'a priori' em relação ao que é artificial. O fato novo, para o qual a sociedade ainda não tem resposta é que os progressos científicos dissociaram diferentes etapas do processo de reprodução e, ao mesmo tempo, obrigaram a considerar separadamente o interesse dos pacientes (no caso, o casal) e aquele decorrente da futura criança.

Realmente, as procriações artificiais perturbam nossas representações tradicionais dos modos de concepção e das estruturas de parentesco. A fecundação *in vitro* criou uma situação especial da humanidade, o começo da vida humana se encontra dissociado do corpo da mulher geradora.

Nossos hábitos, até então, sempre nos conduziram a não nos envolvermos neste terreno extremamente íntimo e delicado que é a decisão do casal de ter ou não ter um filho. Toda a rede social e familiar sempre se estruturou em torno da idéia de que esta decisão é de exclusiva competência dos casal e do seu médico.

As novas técnicas de procriação, porém, abrem uma nova perspectiva com resultados inesperados. A procriação, ato complexo e íntimo, torna-se dissociada. Este ato, até então decidido e consumado de comum acordo entre um homem e uma mulher, passa a ser conduzido a seu termo pela associação de um embrião estranho ou de esperma alheio, ou seja, deixa de ser decidido em conjunto e ao mesmo tempo, pelo

casal. Terceiros intervêm: doadores de esperma e de óvulos, mulher que se presta à gestação do embrião, médicos e intermediários que, por razões diferentes, intervêm neste nascimento, desde a concepção, por um tempo mais ou menos longo.

No caso da fecundação *in vitro*, entretanto, criou-se uma situação totalmente inédita para a qual não existe nenhuma legislação, ou, quando muito, legislações previstas para circunstâncias diferentes. Novas leis são necessárias para tratar tanto as novas técnicas que remediaram a esterilidade e suas conseqüências, quanto os progressos da pesquisa no setor de embriologia.

São questões desta ordem que justificam a aplicação dos princípios éticos na solução de problemas já esboçados mas ainda não solucionados. A ética, interessada no conjunto do corpo social e, portanto, excedendo a moral individual, pode nos indicar o caminho correto de encarar as interrogações decorrentes da procriação artificial.³⁹

O termo ética (do latim, *ethica*; do grego, *êthikos*, *êthikê*) vem de *ethos* (costumes) e, desde a Antigüidade, significou a ciência da moral, ou melhor, a arte de dirigir a conduta.⁴⁰

A ética é pois, o “estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação, do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto”.⁴¹

Conforme proposta do Prof. Jean Bernard, presidente do Comitê Nacional de Ética, na França, o termo ética tem duas origens etimológicas: o termo *ithos*, que significa a “conduta da alma” e o termo *ethos*, complementar do precedente, que significa o conjunto de normas (hábitos comuns) nascido do respeito da medida. A ética revela-se como a ciência que leva em consideração o *ithos* e o *ethos*. É a garantia da harmonia que resulta da boa conduta de todas as coisas, de todos os atos, em suma, da concordância da alma e o meio social.⁴²

Ela supõe uma ação racional e é própria ao homem. A ética aparece como a intuição da maneira de bem viver no meio social. A ética seria a moral do homem em relação ao semelhante e, especialmente, do médico que, em decorrência da relação terapêutica estabelecida com o paciente, pode exercer um

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 132-134.

⁴⁰ Ibidem, p. 135.

⁴¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, p. 591 apud LEITE, 1995. p. 135.

⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 135.

poder considerável.⁴³

A ética nasceu da dúvida suscitada em relação à consciência médica por certos fatos ocorridos na história ocidental, razão pela qual, a esfera médica é a área que a ética tem se manifestado com maior intensidade. A origem da ética remonta aos crimes contra a humanidade praticados durante a segunda guerra mundial, ou seja, desde a descoberta das atrocidades perpetradas nos campos de concentração nazistas. Com esta descoberta, foi necessária a redação, em 1947, do Código de Nuremberg que visava impedir a renovação destas atrocidades a partir de uma regra suprema: a necessidade de se obter o consentimento claro e inequívoco das pessoas que participam em experiências médicas. Desta forma, o Código de Nuremberg constitui o primeiro corpo de regras internacionais vinculando a ética médica aos direitos do homem.

Após uma breve explanação sobre o que constitui a ética, torna-se necessária enfocá-la dentro do tema proposto, qual seja, a destinação dos embriões excedentes.

É cediço que os embriões excedentários são resultantes da técnica da fertilização *in vitro*, já que tal técnica necessita de um número superior de embriões, daquele que será efetivamente transplantado no útero da mãe. A superovulação é entendida, pela classe médica, como fundamental para garantir um mínimo de gravidezes, sem o qual, o sacrifício da paciente e o investimento técnico-financeiro seriam inaceitáveis.

Portanto, eis a questão que surge: o que fazer com os embriões *in vitro*?

Urge que uma regulamentação ética se manifeste claramente sobre o assunto. O pedido desta normatização provém essencialmente dos pesquisadores e dos médicos diretamente envolvidos na questão, mas, muito em breve envolverá outros segmentos da ciência humana. As reivindicações médicas – as mais palpáveis no momento – a justo título tem solicitado a instituição de controles rigorosos das intervenções sobre os embriões humanos. A solução da questão impõe-se de forma intensa bastando considerar-se as influências que pode gerar uma pesquisa incontrolada e as aplicações que daí decorreriam.⁴⁴

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 135.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 163.

Além dos questionamentos aos aspectos médico-científicos, outra questão que surge é de ordem metafísica, sendo a determinação do que seja um embrião humano.

Eduardo de Oliveira Leite faz a seguinte colocação:

O debate que se arrasta desde a discussão sobre a contracepção, apresenta três tipos de respostas inconciliáveis:

a) Para a Igreja Católica, o embrião é uma pessoa humana. Ou seja, desde o momento em que o óvulo é fecundado, a partir do estágio de duas células, já há pessoa humana. A concepção conduz a condenar toda pesquisa sobre o embrião: este não poderia ser tratado como material biológico.

b) A ciência se coloca numa posição mais liberal entendendo que o embrião, até um certo estágio, não passa de um simples conjunto de células indiferenciadas. Como qualquer outro material genético ele pode ser objeto de experiências.

O problema continua sendo a definição de qual é este estágio a partir do qual o conjunto de células transforma-se em pessoa.

c) Para uma posição eminentemente ética (e que, certamente, influencia bastante o mundo jurídico) o embrião é um ser humano em potencial, desde o momento da fecundação.

Sob esta perspectiva ele tem direito ao respeito de sua dignidade, o que impõe a limitação das experiências suscetíveis de lhe serem praticadas.

A variação das posições gerou condutas e tendências diferenciadas nas legislações estrangeiras. Alguns países, adeptos das posições A e C proíbem toda pesquisa sobre o embrião humano, enquanto outros (partidários da posição B, nitidamente médico-científica) se limitam a impor restrições mais ou menos rigorosas.

É esta a posição do Conselho Federal de Medicina brasileiro.⁴⁵

Apesar das várias implicações existentes em relação às técnicas de reprodução humana assistida, o argumento favorável à fecundação *in vitro* é muito simples: a técnica aumenta as chances de dar um filho aos casais estéreis. Para estes casais, este pode ser o único método capaz de lhes permitir ter um filho que será, genética e totalmente deles.

Implicações morais e éticas profundas podem surgir tanto para o médico, como para o paciente, afirma a Associação Médica Mundial, o médico não pode violar seus próprios princípios morais; ele deve também ser sensível aos princípios morais e éticos de seus pacientes e os respeitar. O médico tem o dever

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 164-165.

de comunicar plenamente com os pacientes que vão participar da pesquisa e o conhecimento esclarecido destes pacientes deve não só responder às exigências legais, mas também corresponder ao nível particular da responsabilidade profissional estabelecida pelas normas éticas.⁴⁶

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.358/92, regulamentou, com detalhamento, a matéria dos pré-embriões, em duas seções (V e VI), filiando-se a uma posição nitidamente médico-científica.

A seção V – “Criopreservação de gametas ou pré-embriões” previu a criopreservação no artigo 1º: “As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões”.

Não se permitiu a destruição dos embriões excedentes, conforme o artigo 2º: “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”.

O destino a ser dado aos pré-embriões é decidido pelo casal, limitando-se o Centro, clínicas ou serviços a criopreservar o material genético, segundo o artigo 3º: “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

A seção VI – Diagnóstico e tratamento de pré-embriões permitiu a utilização das técnicas de reprodução assistida “na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica”.

Com isso, percebe-se de modo bem visível, a admissão de intervenções sobre pré-embriões.

Imediatamente o artigo 1º prevê a intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, limitando a possibilidade a duas condições: 1º) que a finalidade seja ‘a sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias’, e 2º) ‘a

⁴⁶ Declaração da Associação Médica Mundial sobre a fecundação “*in Vitro*”, p. 328 apud LEITE , 1995. p. 111.

obrigatoriedade do consentimento do casal’.

Refere-se ainda, a Resolução, no artigo 2º da seção VI, à “intervenção” com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, reafirmando que a mesma só é admissível se tiver por finalidade ‘tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal’.

A Resolução tomou a cautela do consentimento do casal, mas descuidou-se da interferência e controle de um Comitê de Ética, fundamental em assunto tão delicado, conforme tem demonstrado a experiência legislativa mais elaborada dos países europeus e australianos.

Apesar da Resolução não conter efeitos jurídicos em nosso ordenamento, tem a finalidade de instituir regras e padrões que o profissional da Medicina deve lembrar-se sempre. No entanto, infelizmente não é o que pode ser verificado por profissionais que usam a Medicina com o único intuito de visar o lucro exacerbado.

A Biologia, a Genética e a Embriologia definiram que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo – ou seja, desde a concepção.

Diante disso, os médicos reunidos no VII Conclave Brasileiro de Academias de Medicina, no Rio de Janeiro, de 07 a 09 de maio de 1998, publicaram a Carta Médica do Rio de Janeiro, em que afirmam seu dever e propósito de defender a vida humana desde a fusão do óvulo com o espermatozóide. Posicionam-se francamente em favor da vida frente a todas as tentativas de submetê-las a interesses econômicos ou ao cultivo da ciência pela ciência (com desrespeito ao ser humano).

Os conclavistas assinaram a Carta Médica do Rio de Janeiro, datada de 09 de maio de 1998, da qual foi extraído o título II, que vai abaixo transcrito:

II- O MÉDICO E A VIDA HUMANA DIANTE DA TECNOLOGIA E DA BIOÉTICA

1- O ser humano é a referência inalienável de todos os demais valores

em qualquer civilização digna desse nome. A transmissão da vida é confiada pela natureza a um ato interpessoal, consciente, livre e responsável, portanto o único compatível com a dignidade da Pessoa Humana e da sua procriação.

2) O início da vida humana – com os atuais conhecimentos da biologia molecular, da Genética e da Embriologia, é fato cientificamente comprovado que a Vida Humana tem início da fusão do óvulo com espermatozóide, quando se forma o zigoto, que começa a existir como uma unidade desde o momento da fecundação. Possui um genoma especificamente humano, que lhe confere uma identidade biológica única e irreparável, portanto uma individualidade dentro de sua espécie. É o executor do seu próprio desenvolvimento da maneira coordenada, gradual e sem solução de continuidade.

3) Engenharia Genética – a Ciência e a Tecnologia devem ser colocadas a serviço da vida humana, respeitando a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa humana.

a) O médico utilizará os procedimentos diagnósticos e terapêuticos sempre em benefício do ser humano.

b) Deve sempre considerar o valor fundamental da vida humana em qualquer intervenção genética e procedimentos em embriões: o gene humano não só tem um significado biológico, mas é portador de uma dignidade própria.

c) O diagnóstico pré-natal deve ser realizado enquanto possa servir ao bem da pessoa, e ser adequado à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento de enfermidades e não para discriminar os que são portadores de genes patogênicos.

d) A clonagem, extrema violação à ética da reprodução humana, é uma intervenção manipuladora da constituição individual do genoma humano; é um grave atentado à dignidade do ser humano e ao seu direito natural de ter um genoma irrepitível e não predeterminado, recomendando-se a não realização, no ser humano, dos trabalhos neste sentido.

e) No tratamento da esterilidade conjugal com as novas tecnologias reprodutivas, sempre deve ser observado o preceito ético da guardar absoluto à vida humana a chamada redução embrionária nas gestações multifetais; a manipulação de embriões humanos, com a seleção dos que se consideram aptos e a eliminação dos que são considerados sobras ou menos aptos; o aproveitamento de embriões excedentes como material biológicos disponível para experiências; os bancos de embriões humanos, criopreservação de seres humanos com suspensão de sua vida, por congelação profunda e por períodos muitas vezes indefinidos, antes de sua utilização, e a comercialização de embriões, são todos procedimentos anti-éticos.

f) O médico jamais utilizará seus conhecimentos para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade, razão porque não pode o médico, em hipótese alguma, sob nenhuma forma, colaborar em atos de tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes praticados em quaisquer pessoas, notadamente nas que estão privadas de liberdade, e também não pode ter participação nos chamados suicídios assistidos, eutanásia e execução de pena de morte.

g) Relativamente aos transplantes, tanto o receptor como o doador, ou as pessoas que os representam legalmente, necessariamente, esclarecidos quanto os aspectos do procedimento. O médico colocará sempre o interesse do seu paciente acima do interesse científico, e nada

deve fazer sem o seu devido consentimento. Não se admite, sob qualquer pretexto ou argumento, a compra e venda de órgãos.⁴⁷

Derradeiramente, sobre os aspectos éticos na visão médica sobre a procriação artificial humana, há de ser ressaltado:

CÓDIGO INTERNACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

(Estabelecido em Outubro de 1969)

“O médico há de sempre lembrar-se da importância de preservar a vida humana desde a concepção até a morte”.⁴⁸

DECLARAÇÃO DE GENEBRA

(Associação Médica Mundial)

“O médico deve manter o mais alto respeito pela vida humana, desde a sua concepção”.⁴⁹

2.2.2 Aspectos Morais

Diante desse extraordinário e rápido avanço apresentado pelas novas técnicas de reprodução humana assistida, impõe-se um sério reexame dos princípios morais que as envolvem.

É preciso lembrar, inicialmente, que se de um lado a superação de preconceitos é pressuposto para o avanço da ciência, de outro, os progressos mantida a prática da hiperovulação, ou seja, da obtenção de muitos óvulos (cuja conservação ainda hoje é difícil), colocando-se no útero alguns deles (dois ou três) e conservando-se os excedentes (cinco ou seis) em hibernação, para futuras

⁴⁷ CARTA Médica do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.geocities.com/Hertland/Forest/5876/vozdamedicina.htm>. Acesso em 19 de jun. de 2003.

⁴⁸ CÓDIGO Internacional de Ética Médica. Disponível em: <http://www.geocities.com/Hertland/Forest/5876/vozdamedicina.htm>. Acesso em 19 de jun. de 2003.

⁴⁹ DECLARAÇÃO de Genebra. Disponível em: <http://www.geocities.com/Hertland/Forest/5876/vozdamedicina.htm>. Acesso em 19 de jun. de 2003.

tentativas, se a primeira não for bem sucedida, ou na oportunidade em que se deseje outro filho. Mas, se não há interesse futuro, ou condições de conservação, os embriões excedentes são eliminados.⁵⁰

De modo que, como lembra Callioli, os embriões são congelados e conservados para, 'caso seja conveniente', virem a ser 'aproveitados' em futuras gestações ou para investigações científicas; se já 'não forem úteis', os técnicos 'se desfazem' deles, assim como daqueles que apresentem anomalias. As expressões salientadas ('conveniência', aproveitamento, 'utilidade'...) evidenciam a designação de coisas e não de seres humanos.⁵¹

Em 1984, reuniu-se na Inglaterra uma comissão composta por dezesseis personalidades, lideradas por Mary Warnock, com a finalidade de estabelecer normas e princípios para a utilização da FIV. O resultado desse trabalho, para o qual foram ouvidos leigos e especialistas, ficou conhecido como "RELATÓRIO DE WARNOCK", e contém algumas inquietantes autorizações. Par citar algumas, pode-se afirmar que o aludido relatório aprova o uso de embriões humanos para pesquisas, desde que com o consentimento por escrito dos "pais" e com a garantia de que tais embriões sejam destruídos num prazo máximo de quatorze dias, e também, a fecundação de óvulos de animais com sêmen humano, para fins de pesquisa e diagnóstico, sob a condição de que os embriões assim obtidos sejam destruídos no prazo de 48 horas.⁵²

A gestação por outrem foi a única alternativa repelida pelo Comitê.

Outros tipos de manipulações vêm sendo realizadas através da FIV, sem qualquer consideração com seu aspecto ético: dois médicos ingleses solicitaram autorização governamental para implantar embriões humanos em animais; na Suécia, autorizou-se a fecundação de gametas humanos com os de primatas, a título de experimentação; embriões são utilizados como matéria-prima para a indústria cosmética; já não é raro ouvir-se falar na manipulação da dotação genética de cada ser humano e assim por diante.⁵³

Veja-se que os embriões, como os gametas, conforme lembrou o

⁵⁰ VERCELLONE, 1990, p.160/161 apud MEIRELLES, 1998, p. 56.

⁵¹ CALLIOLI, 1988, p. 76 apud MEIRELLES, 1998, p. 56.

⁵² Ibidem, p. 79 apud MEIRELLES, 1998, p. 56.

⁵³ CALLIOLI, 1988, p. 76 apud MEIRELLES, 1998, p. 56.

professor José de Oliveira Ascensão em uma palestra proferida na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, “são em si portadores de vida, e o seu sentido de darem origem a uma nova vida marca-os necessariamente, e de tal maneira que marca também o seu estatuto jurídico”.⁵⁴

Também já se observou que a técnica da hiperovulação, utilizada na fertilização *in vitro*, favorece o aumento de aberrações cromossômicas, e que a fertilização em laboratório, ao afastar certas proteções naturais que evitam a fecundação por gametas masculinos defeituosos, faz aumentar o risco de deformações.⁵⁵

De acordo com as elucidações acima expostas, Jussara Maria Leal de Meirelles afirma:

Logo, ou são pessoas, ou pelo menos pertencem à ordem das pessoas, dado o seu sentido objetivo de originar a vida. É preciso, portanto, dar a eles um tratamento jurídico diferenciado, distanciando-os da subordinação ao comércio, posto que a sua utilização sempre envolverá grandes interesses econômicos.

Quando se trata de eliminação de vidas humanas, ainda que em etapas iniciais do seu desenvolvimento, outra questão deve ser analisada: a fertilização *in vitro*, por exemplo, supõe um grave risco de abortamentos (ao menos no estágio atual das técnicas utilizadas) e, pior, esses abortamentos são encarados como ‘falhas previstas’ porque, na opinião dos especialistas, a natureza também se encarrega, muitas vezes, de provocar a interrupção da gravidez. No momento, vale ressaltar como aspecto eticamente essencial que a produção técnica de efeitos negativos também sejam produzidos naturalmente.

Tais compensações realmente preocupam. Na medida em que impliquem a valoração puramente material e objetiva da concepção, podem levar a uma forma de ‘comércio’, para cujo exercício venham a ser estabelecidos ‘preços’, com base na ‘lei da oferta e da procura’ da técnica empregada.⁵⁶

A Medicina tem contribuído decisivamente para a construção das instituições, leis e costumes. Porém, quando a atuação médica passa a se relacionar diretamente com a origem da vida humana, como acontece através do uso das técnicas de reprodução artificial, é o momento de toda a sociedade impor limites ao poder conferido ao mundo médico-científico.

⁵⁴ ASCENSÃO apud MEIRELLES, 1998. p. 56.

⁵⁵ CALLIOLI, 1988, p. 75 apud MEIRELLES, 1998. p. 57.

⁵⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Gestação por outrem e determinação da maternidade “mãe de aluguel”*. Curitiba: Gênese, 1998. p. 53.

Não se pode atribuir à ciência biomédica a prerrogativa de escolher o momento e as circunstâncias em que deva parar ou em que lhe pareça melhor avançar. É preciso uma análise muito mais profunda, inspirada em normas voltadas a ideais absolutos e transcendentais e em normas de agir inspiradas em um fim de convivência social harmônica.⁵⁷

As considerações acima tecidas por grandes defensores da vida humana em relação às técnicas da procriação humana artificial são extremamente rígidas, principalmente no que diz respeito à técnica da Fertilização *in vitro* (FIV).

É respeitável tamanha preocupação, haja vista entenderem que o embrião inicia sua vida desde a concepção, ou seja, com a fusão do óvulo com o espermatozóide, e em razão disto, possui caráter humano.

Porém, há que se considerar que as técnicas de reprodução humana assistida vêm evoluindo cada vez mais, com o propósito de evitarem as considerações acima expostas, tais como: eliminação de embriões, aberrações cromossômicas, abortamentos, etc.

Contudo, apesar da severidade desses estudiosos sobre o assunto, não significa serem eles contra as técnicas de procriação artificial, mas apenas entendem a necessidade imprescindível de estabelecerem-se limites éticos, morais e jurídicos, respeitando o direito à vida dos embriões excedentes resultantes da FIV.

Devido a todos esses questionamentos originados pelas técnicas de reprodução humana assistida, especialmente em relação à natureza do embrião, o Comitê Nacional de Bioética da Itália publicou um documento em meados do ano de 1996, intitulado "*Identità e Statuto dell'Embrione Umano*" (Identidade e Estatuto do Embrião Humano).

Este documento foi apresentado à imprensa pelo presidente do mencionado Comitê, o Dr. Francesco D'Agostinho. Em seu texto, resultante de estudos protraídos por mais de um ano e meio, soa: "O Embrião é um de nós", é uma pessoa, é gente.

⁵⁷ CUPIS, 1986. p. 463 apud MEIRELLES, 1998. p. 54.

Mais expressamente lê-se:

O Comitê chegou unanimemente a reconhecer o dever moral de tratar o embrião humano, desde a fecundação, segundo os critérios de respeito e tutela que se devem adotar em relação aos indivíduos humanos aos quais comumente a característica de pessoa.

Em conseqüência, o Comitê proclamou 'moralmente ilícitas':

- a produção de embriões para fins de experimentação médica ou para fins comerciais ou industriais;
- a produção múltipla de seres humanos geneticamente idênticos mediante a fissão geminada ou clonagem;
- a criação de 'quimeras' ou de indivíduos constituídos de células de origem genética diversa;
- a produção de híbridos 'homem-animal-irracional';
- a transferência de embriões humanos para útero de animal irracional e vice-versa.

Ainda com unanimidade o Comitê classificou 'como moralmente lícitas eventuais intervenções terapêuticas em embriões, desde que destinadas a proteger a vida e a saúde dos mesmos.

Reconheceu também como legítima a experimentação em embriões mortos por aborto.

Alguns membros do Comitê estenderam a iliceidade a:

- a supressão ou manipulação nociva de embriões;
- o diagnóstico anterior ao implante, destinado a suprimir os embriões, caso sejam tidos como ineptos para a vida;
- a formação, em proveta, de embriões que não sejam destinados ao implante no útero materno. Sobre o congelamento de embriões pronunciou-se o Comitê nestes termos:

O Comitê afirma que o respeito pela vida do embrião deve merecer prioridade sobre outros valores e que, portanto, devem ser definidas normas jurídicas aptas a garantir aos embriões não aproveitados a possibilidade de vida e de desenvolvimento.⁵⁸

Todos os argumentos até agora expostos evidenciam a necessidade urgente de que essas novas situações sejam definidas de modo ético e legal, com a finalidade de salvaguardar a dignidade humana de todos os envolvidos na utilização das novas técnicas de reprodução humana assistida.⁵⁹

Portanto, os propósitos, os fundamentos de todos os atos relacionados

⁵⁸ O EMBRIÃO é um de nós. Disponível em: <http://www.cleofas.com.br/html/moralcatolica/1550/bioetica/oembriaohumano.html> Acesso em: 19 jun. de 2003.

⁵⁹ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 23.

com a procriação humana, e suas conseqüências na vida em sociedade e relativamente à dignidade da pessoa humana, precisam ser repensados, conforme os limites éticos e morais existentes, estando estes, apenas esquecidos, devendo ser buscados para definirem-se normas jurídicas que tutelem tais questionamentos.

2.2.3 Aspectos Religiosos

A Igreja Católica na maior parte de suas manifestações acerca do progresso das técnicas de reprodução humana assistida manifestou total repúdio à essas novas experiências.

Esse posicionamento tão rígido torna-se compreensível a partir do momento em que se leva em consideração a postura da Igreja católica frente ao casamento, ou seja, a função do casal em procriar mas, de maneira natural, afastando desta forma, qualquer método artificial para atingir esse fim, haja vista que a relação sexual normal é um dos deveres matrimoniais

Tal postura revela-se, numa primeira abordagem, estranha, especialmente se considerarmos os princípios dominantes no direito canônico: ‘a procriação e a educação da prole constituem os fins primários do casamento’ (Cân. 1013 – *matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis*), ‘a esterilidade não dirime nem impede o casamento’ – (Cân. 1068-3º- *sterilitas matrimonium nec dirimit nec impedit*).⁶⁰

Destarte, não obstante a presunção de reprodução como finalidade do casamento, a Igreja católica não excluiu do casamento as pessoas que, ainda que capazes de realizar o ato sexual fossem inaptas a procriar, não constituindo a esterilidade um impedimento dirimente ou proibitivo. A partir daí, decidiu pelo Decreto de 17 de março de 1897, por meio da Sagrada Congregação da Sacra Romana e Universal Inquisição, ser ilícita a fecundação artificial da mulher. Esta

⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 71.

foi a primeira manifestação da Igreja católica a respeito de procriação artificial.

Essa tendência é compreensível já que para a Igreja católica a instituição do casamento resulta da comunhão física e espiritual dos esposos, ligação sagrada e inviolável, sendo somente admissível a procriação resultante da relação entre dois seres humanos.

Desta forma, as técnicas de reprodução humana assistida não são permitidas, já que tornaram possível uma procriação sem relação sexual através do encontro *in vitro* das células germinais retiradas do homem e da mulher, ou seja, o encontro do espermatozóide e do óvulo.

Portanto, o que é tecnicamente possível, não é, porém, moralmente admissível pela Igreja católica.

No IV Congresso Nacional de Médicos realizado em Roma, em setembro de 1949, Pio XII justificou o posicionamento assumido pela Igreja frente às técnicas de procriação humana assistida, asseverando que “somente os cônjuges têm um direito recíproco sobre seus corpos para gerar uma nova vida, direito exclusivo, não cedível, inalienável”.⁶¹

Sustentou, também, que reduzir a procriação a uma mera função orgânica para a transmissão de gens seria equivalente a converter o lar doméstico, santuário da família, em um simples laboratório biológico.⁶²

Seguindo a mesma ordem de idéias, recordou Pio XII o princípio de direito natural pelo qual nem sempre a bondade dos fins justifica os meios empregados para alcançá-los. De modo que, nem o desejo, em si plenamente louvável, de ter um filho, pode bastar a tornar legítimo aos cônjuges o recurso da reprodução artificial.

Ainda sobre tais aspectos Pio XII manifestou-se em outra oportunidade, em 19 de maio de 1956, condenando novamente a prática da procriação artificial, por implicar o recurso à masturbação, considerada pela Igreja como a “abominação das abominações”, envolvendo a violação da lei natural, e, logo, sendo contrário ao direito natural. No mesmo sentido, em 1975, manifestou-se a

⁶¹ ZANOTTI, 1990, p.89 apud MEIRELLES, 1998. p. 49.

⁶² CASTILHO NETO, 1975, p. 49 apud MEIRELLES, 1998. p. 49.

Sagrada Congregação Para a Doutrina da Fé, afirmando que a masturbação é uma grave desordem moral e ato inerente a desordem.

Em 17 de outubro de 1983, João Paulo II declarou que o poder de decisão sobre a vida à luz de uma pessoa humana só pertence a Deus e que, por isso, atribuir-se aos homens o título não de cooperadores do poder criador divino, mas de depositários “últimos” da fonte da vida humana, equivale a não reconhecer a Deus como Deus.⁶³

O Papa afirmou também que:

Um dos riscos mais graves que está exposta nossa época é o divórcio entre ciência e moral, entre as possibilidades que ofereceu uma tecnologia projetada para metas cada vez mais surpreendentes, e as normas éticas derivadas de uma natureza cada vez mais esquecida. É necessário que todas as pessoas responsáveis ponham-se de acordo em afirmar a prioridade da ética, a primazia da pessoa sobre as coisas, a superioridade do espírito sobre a matéria.⁶⁴

Em relação ao bebê de proveta, a posição da igreja parece ser mais compreensiva. Quando, em 1978, nasceu Louise Brown, João Paulo I assim se manifestou sobre o acontecimento:

Eu não tenho nenhum direito de condenar os pais. Eu lhes apresento todos meus votos. Se agirem de boa-fé e com intenções puras eles podem mesmo ter um grande mérito diante de Deus.⁶⁵

Assim não entende a Congregação para a Doutrina da Fé, assumindo posição totalmente divergente às congratulações do Papa João Paulo I aos pais do primeiro bebê de proveta do mundo.

O texto da Santa Sé, datado de 1987, e intitulado “Instrução a respeito da vida humana em sua origem e na dignidade da procriação” considerou moralmente inaceitável a prática de manter embriões congelados para gestação ou experiências futuras, o diagnóstico pré-natal que, determinando uma anomalia

⁶³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade “mãe de aluguel”**. Curitiba: Gênese, 1998. p. 50.

⁶⁴ CALLIOLI, 1988, p.82 apud MEIRELLES, 1998, p. 50.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 85

fetal justificasse aborto preventivo, as fertilizações *in vitro*, ou chamados” bebês de proveta”, bem como a utilização de mulheres voluntárias que se dispusessem a gerar filhos de terceiros (mães portadoras ou mãe de aluguel). Em resumo, todos os tipos de procriação fora do ato sexual, mesmo entre pessoas legitimamente casadas, foram terminantemente proibidos.⁶⁶

O documento, apresentado oficialmente pelo cardeal Joseph Ratzinger, então titular da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, reafirmou a posição mais tradicional da igreja, nestas matérias: “Um filho deve ser concebido e não produzido”.⁶⁷

Com relação aos embriões humanos, a Igreja se posiciona de acordo com a “Instrução”:

O ser humano deve ser respeitado e tratado como pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde aquele mesmo momento devem ser-lhe reconhecidos, os direitos da pessoa, entre os quais, antes de tudo, o direito inviolável à vida de cada ser humano inocente [...] uma vez que deve ser tratado como pessoa, o embrião também deverá ser defendido na sua integridade.⁶⁸

Sobre a pesquisa dos embriões, a Igreja abole totalmente tal prática, segundo a “Instrução”:

Disso segue-se que qualquer pesquisa, ainda que limitada à mera observação do embrião, tornar-se-ia, ilícita sempre que, por causa dos métodos empregados ou pelos efeitos produzidos, implicasse em risco para a integridade física ou para a vida do embrião [...] Nenhuma finalidade, ainda que nobre em si mesma, como a previsão de utilidade para a ciência, para outros seres humanos, ou para a sociedade, pode, de modo algum, justificar a experimentação em embriões ou fetos humanos vivos, viáveis ou não, no seio materno ou fora dele [...] Usar o embrião humano ou feto como objeto ou instrumento de experimentação representa um delito contra a sua dignidade de ser humano que tem direito ao mesmo respeito, devido à criança nascida e a toda pessoa humana [...] A prática de se manter em vida embriões humanos, *in vivo* ou *in vitro*, para fins experimentais ou comerciais, é absolutamente contrária à dignidade humana.⁶⁹

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 86

⁶⁷ Ibidem, p. 86-87.

⁶⁸ Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e dignidade da procriação, p. 21-22 apud LEITE, 1995. p. 86.

⁶⁹ Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e dignidade da procriação, p. 25-27 apud LEITE, 1995. p. 87.

Vários bispos de numerosas partes o mundo publicaram, ao longo dos anos, documentos relativos à técnica da fertilização *in vitro*.

Os bispos católicos de Vitória (Austrália), em 06 de agosto de 1982, apresentaram uma proposta de inaceitabilidade da F.I.V. ao “*Committee to Examine In Vitro Fertilization*”, motivada pelas lesões ao princípio da inviolabilidade da vida humana e pelo afastamento da procriação relativamente à união conjugal.

No mesmo sentido manifestou-se a Conferência episcopal portuguesa, ao publicar em 29 de janeiro de 1983 a nota pastoral intitulada “A regulação dos nascimentos”.

Em 02 de março de 1983, o Comitê Conjunto do Episcopado da Grã-Bretanha para as normas de Bioética apresentou um extenso comunicado à Comissão *Warnock*, intitulado “*In Vitro Fertilization Morality and Public Policy*”. Nesse documento, pede que os atentados contra a vida humana implicados a F.I.V. ou investigações a ela relacionadas sejam impedidos pela legislação civil.⁷⁰

As mesmas preocupações foram assinaladas pela Conferência Episcopal de Ontário (Canadá) em documento publicado a 1º de outubro de 1983, sob o título “*Guidelines for Family Life*”; e em outros documentos como a carta dos Bispos australianos da área Metropolitana de Victória (16 de janeiro de 1984); a intervenção do Cardeal Primaz da Inglaterra e Gales de 19 de julho de 1984 a respeito do relatório da Comissão *Warnock*; o documento publicado pela Conferência Episcopal da França (21 de novembro de 1984); e as observações ao relatório da Comissão *Warnock* publicadas a 11 de dezembro de 1984 pelo Comitê Conjunto do Episcopado da Grã-Bretanha para as questões de Bioética.⁷¹

Uma outra “Instrução” denominada *Donum vitae* (O Dom da Vida), divulgada em 22 de fevereiro de 1987, com a aprovação do Papa João Paulo II, proclama a rejeição eclesial a todas as técnicas de procriação artificial humana.

⁷⁰CALLIOLI, 1988, p. 84 apud MEIRELLES, 1998. p. 51.

⁷¹ Ibidem p. 84-85 apud MEIRELLES, 1998. p. 51.

Conclui Eduardo de Oliveira Leite afirmando:

A Igreja, ao invés de se posicionar com o maior realismo diante dos avanços tecnológicos, assumiu, ainda uma vez, posição retrógrada, absolutamente insustentável, perdendo oportunidade de se aproximar da sociedade, da qual já se encontra irremediavelmente afastada.⁷²

Com relação a visão das Igrejas não católicas, observa-se uma diversidade de posicionamentos.

A igreja Protestante admite, sem restrições, a inseminação artificial homóloga, sempre que ela é considerada indispensável à fecundação. Já em relação à inseminação artificial heteróloga, apresentou uma nítida evolução de postura, haja vista que vem sendo aceita.

Quanto à fecundação *in vitro*, a Igreja Protestante somente prevê para os casais, ou seja, não se admite esperma alheio nem, tampouco, doação de óvulos. Por conseguinte, quanto aos embriões, a posição dos protestantes é clara, afirmando que só os genitores são responsáveis por eles, podendo decidir sua implantação, destruição ou doação para a pesquisa.

Algumas outras religiões também não admitem o uso das novas técnicas. A inseminação artificial heteróloga é rejeitada também pela igreja Anglicana e pelo Judaísmo, que se opõem ao método por restrições de ordem moral. A Igreja Presbiteriana Independente não admite sequer a inseminação homóloga. O Seicho-no-iê afirma que sua filosofia não aceita a inseminação por não ser natural, enquanto a Umbanda admite as técnicas da concepção artificial porque, segundo seu ponto de vista, o homem pode usar a própria inteligência para corrigir defeitos da natureza. E pode, então, recorrer aos diversos processos de inseminação artificial, estando, porém, ciente de que a vida vem de Deus. Idêntica atitude de aceitação ocorre no Espiritismo, que vê nos processos resultantes da evolução científica um esforço em busca da verdade.⁷³

É oportuno que se acrescente a posição atual de teólogos conservadores,

⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 89.

⁷³ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 27.

que se manifestam, como o Pe. Pedrinho A. Guareschi, professor do mestrado em Psicologia Social da PUC-RS, sobre a fertilização assistida com os seguintes argumentos:

O princípio fundamental que dá sentido à família, é que ela à semelhança da Trindade (que também é uma família), procura a realização e complementação mútua de dois ou mais seres, através do amor. Essa mesma relação de amor que define, por assim dizer, a família de Deus (Deus é amor), é a que dá sentido ao matrimônio cristão.

Costuma-se dizer que os filhos são frutos deste amor. Se formos aplicar essas reflexões ao problema da inseminação *in vitro*, poderíamos dizer que essa ação, quando contém em si esse princípio fundamental do amor e da realização e complementação mútua, se coloca muito bem dentro dos princípios cristãos.

A experiência nos mostra que casais chegam a gastar fortunas, fazem sacrifícios ingentes, para poderem ter um filho, que vai ser o fruto de seu amor. Pode-se reduzir o amor à relação sexual normal? Não poderia existir outros caminhos para que eles cheguem à realização e complementação de suas vidas, através do amor?

Também não se pode afirmar que a finalidade única do casamento seja a procriação. Apesar de às vezes ter-se a impressão de ser assim na leitura de alguns documentos eclesiásticos, é considerado como pacífico que a finalidade fundamental do matrimônio é a complementação mútua das pessoas também, não apenas a procriação e educação dos filhos. Caso não fosse assim, pessoas que não pudessem ter filhos nunca poderiam se casar.⁷⁴

A posição do padre Guareschi, plenamente defensável, não estabelece hierarquias entre a procriação natural e a artificial, favorecendo aquela em detrimento desta, porém, dentro de uma postura eminentemente cristã, deseja que se leve em consideração não só o elemento sexual, mas, e sobretudo, a profundidade da relação conjugal que existe entre os cônjuges, seus verdadeiros interesses, suas reais intenções, de tal forma que cada um, na sua própria situação, haja no melhor sentido, de acordo com sua consciência.⁷⁵

⁷⁴ GUARESCHI apud SCARPARO, 1991. p.27-28.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 82.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

A personalidade jurídica do embrião pré-implantatário é um tema bastante controvertido por depender da definição de outros temas como quando se inicia a vida humana ou quando se considera o ser humano como pessoa já que somente esta pode adquirir direitos e obrigações e possuir personalidade jurídica.

Assim, será dissertado sobre o início da vida e conseqüentemente sobre as divergências em torno da existência da personalidade jurídica do embrião pré-implantatário. Para tanto, será necessário desenvolver determinados conceitos.

Segundo a autora Jussara Maria Leal de Meirelles:

...denomina-se 'pré-embrião' o produto resultante da união do óvulo e do espermatozóide, em fertilização *in vivo* ou *in vitro*, até o momento em que se opera a fusão dos dois pró-núcleos, ou seja, quando se evidencia a troca do material genético.

O termo 'embrião' é usado, portanto, para definir a fase de desenvolvimento embrionário que, seguindo a anterior, assinala a origem e o incremento da organogênese, cuja duração corresponde a dois meses e meio. Outra expressão que define esse estágio de desenvolvimento é 'embrião pós-implantatário'.

O vocábulo 'feto' destina-se a identificar o embrião que já apresenta aparência humana e órgãos formados, que amadurecem paulatinamente com a finalidade de assegurar a viabilidade e a autonomia necessárias após o parto. Essa fase de desenvolvimento ocorre, aproximadamente, às 12 semanas de vida intrauterina.⁷⁶

Ainda, antes de adentrar no tema sobre o início da vida, faz-se necessário distinguir as diferenças existentes entre: pessoa natural, nascituro e prole eventual.

Entende-se por pessoa natural o homem como ente jurídico, considerado como sujeito de direitos e obrigações, ou seja, todo ente nascido com vida.

Nascituro é aquele ser que está por nascer, é o ser já concebido mas que ainda não nasceu, está dentro do ventre materno em fase de desenvolvimento, ou seja, o feto, e que tem seus direitos assegurados, protegidos pela lei, mas que

⁷⁶ BUERES, 1994. p. 285 apud MEIRELLES, 2000. p. 125.

somente se concretizam com o nascimento com vida.

Finalmente, a prole eventual constitui todo ente humano que pode vir a ser concebido, é o *nondum conceptus*, ou seja, o ente humano futuro.

Tecidas tais considerações conclui a autora Jussara Maria Leal de Meirelles:

A pessoa nascida encontra-se sob o abrigo do ordenamento, porquanto a personalidade jurídica tem início após o nascimento com vida (artigo 2º, primeira parte, do Código Civil).

Proteção também é dada ao ser que se encontra no ventre materno, porque a lei põe a salvo os direitos do nascituro (artigo 2º, segunda parte, do Código Civil).

Porém, o embrião concebido e mantido *in vitro*, também denominado embrião pré-implantatário ou pré-embrião, não é alcançado pelas disposições referidas, o que demonstra o seu distanciamento em relação à categorização imposta. Por outro lado, inafastável a sua equiparação ao ser humano nascido, pelo que necessário e urgente o reconhecimento sobre os limites e possibilidades de sua proteção.⁷⁷

Demonstrado, assim, que são inconfundíveis as noções referentes ao nascituro (pessoa concebida) e à prole eventual (pessoa não concebida), a leitura do artigo 2º pode demonstrar que a proteção legal da pessoa humana atinge tão somente o nascituro (pessoa concebida), deixando à margem o embrião *in vitro*.

No entanto, pela leitura do artigo 2º do Código Civil, no momento em que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, poder-se-ia entender que os embriões de laboratório também estariam protegidos.

Ocorre que não é possível estabelecer-se, desde logo, uma semelhança perfeita entre nascituro e embrião de laboratório, posto que haveria a necessidade de implantação do novo ser no útero.

⁷⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de . **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 35.

Jussara Maria Leal de Meirelles explica com maestria o assunto:

Seguindo-se a orientação tradicional, ao se outorgar personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, estar-se-ia pretendendo caracterizá-lo como sujeito de direito, apto a se posicionar nas diferentes relações jurídicas, adquirindo direitos ou contraindo obrigações. Sendo assim, em um raciocínio inicial, tal qual o nascituro, seria o embrião pré-implantatário titular de direitos subordinados a condição.

E tal condição seria suspensiva (implantação no útero) ou resolutiva (não implantação), dependendo do posicionamento adotado frente à subjetividade do novo ser.

Tomando-se por base outro direcionamento de idéias, seria o embrião *in vitro* sujeito de direitos cuja aquisição dar-se-ia sob dúplice condição: suspensiva ou resolutiva. A implantação no útero, seguida da nidação, condição suspensiva, torná-lo-ia nascituro e, de acordo com o posicionamento que se adote em relação à sua subjetividade, titular de direitos sob a condição resolutiva representada pelo nascimento sem vida.

Nas hipóteses apontadas, sob o manto da pretensa proteção, estar-se-ia tão somente adequando a nova realidade representada pelo embrião *in vitro* à categoria abstrata da personalidade, oriunda do sistema clássico de direito privado. Nessa ordem de idéias, a subjetividade jurídica do novo ser estaria, sem dúvida, assegurada, como asseguradas as suas posições nas relações jurídicas das quais viesse a participar.

Analisada mais profundamente a questão, é de se notar que o ponto central da atribuição de personalidade jurídica ao embrião pré-implantatário resume-se na intenção de vê-lo reconhecido como sujeito de direitos, ainda que sob condição. Tornar possível o seu ingresso no trânsito jurídico que tem na pessoa o titular patrimonial, esse o intuito que parece emergir da outorga de personalidade, nos moldes do sistema clássico.

Não há referência à identidade originária entre os seres humanos, ou à sua dignidade e, em face de tal similitude, à necessidade de proteção do novo ser em etapa inicial de desenvolvimento.

Demais disso, ao se subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatário à condição representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, seja sob o caráter suspensivo seja pelo resolutivo, estar-se-ia reduzindo a referida titularidade à vontade de outrem.

Para melhor demonstrar o problema, impõe-se traçar um paralelo entre a situação do nascituro e a do embrião pré-implantatário. Ao nascituro, ainda que se entenda que a atribuição de personalidade coincide com a nidação e os seus direitos patrimoniais são subordinados à condição resolutiva verificada pelo nascimento sem vida, a titularidade está sujeita a acontecimentos incertos cuja efetivação não está na dependência direta da vontade alheia.

Já ao se aplicar as mesmas referências ao embrião *in vitro*, a situação tornar-se-ia completamente diferente. Sua transferência ao útero estaria sujeita, dentre outros fatores, à vontade dos interessados no desenvolvimento do novo ser, que poderiam ser os titulares dos gametas fecundantes ou não. Saliente-se, portanto, que o embrião pré-implantatário teria a possibilidade de vir ou não a se tornar sujeito de direitos, em circunstâncias como as apontadas, dependendo do interesse direto que apresentassem pessoas que juridicamente com ele viriam a se relacionar.

Não se trata, então, de sujeitar a personalidade jurídica a acontecimentos naturais, como o nascimento com vida, a morte, ou até mesmo a nidacção. A transferência ao útero dependeria, além dos fatores biológicos, da intenção de quem a realizasse e de quem se submetesse a tal intervenção médica.

E reduzir-se a personalidade à vontade de pessoas direta ou indiretamente interessadas, por melhores que sejam suas intenções, faz caracterizar-se verdadeira instrumentalização do ser embrionário. Saliente-se o agravamento de tal sujeição nas hipóteses em que se pretende vantagens patrimoniais a partir da eventual gestação ou do nascimento do implantado.⁷⁸

Partindo das ponderações até aqui elucidadas, é possível afirmar a não adequação do embrião humano *in vitro* a categorização de pessoa natural; não sendo também nascituro e nem se caracterizando como prole eventual.

Contudo, não há como negar a sua natureza humana. E essa constatação é, por si só, suficiente para que se lhe reconheça a necessidade de proteção jurídica específica.

Para proteger o embrião humano mantido em laboratório não há necessidade de lhe outorgar personalidade jurídica. Não é preciso caracterizá-lo como sujeito de direitos e obrigações.

Por isso, desnecessário tentar-se extrair do texto do artigo 2º do Código Civil brasileiro qualquer extensão aos embriões excedentes.

Desta forma, para que se reconheçam os limites e as possibilidades da proteção jurídica ao embrião pré-implantatório, importa sobretudo colocar em evidência a semelhança entre ele e as pessoas humanas nascidas, posto que todas as pessoas já foram embrião um dia e, muitas destas pessoas, foram, não somente embriões, mas embriões de laboratório, como por exemplo, Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo.

A este respeito conclui Jussara Maria Leal de Meirelles:

Inegável, portanto, a similitude originária de todos os seres humanos nascidos: é possível afirmar que todos os seres humanos que já nasceram foram embriões, no início do seu desenvolvimento. Seguindo-se o mesmo raciocínio, os embriões hoje mantidos em laboratório podem representar seres humanos que nascerão amanhã.

O juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa. E sob o enfoque

⁷⁸ BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.86-89.

da valoração do ser humano em qualquer fase vital, o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica.⁷⁹

3.1 O Início da Vida

A vida é o mais supremo e soberano direito que o ser humano possui, portanto deve sempre ser protegida.

No entanto, diante do avanço da ciência e da tecnologia em relação à procriação humana, especificamente com relação à técnica da fertilização *in vitro*, e implicações que dela decorrem, tal como a preocupação quanto ao destino a ser dado aos embriões excedentes, há a necessidade de se estabelecer o momento em que se inicia a vida humana, já que a vida deve ser protegida desde o seu momento inicial; restando saber qual é este momento.

Esse avanço na área da reprodução humana propiciou maiores chances aos casais inférteis em concretizarem o grande sonho de gerarem filhos. Contudo, observa-se que tais inovações trouxeram situações complexas que clamam por soluções.

Assim, com a finalidade de se definir quanto à destinação dada aos embriões humanos excedentários, faz-se necessário determinar quando tem início a vida humana, para então protegê-la.

Para tanto, exige-se buscar informações na medicina que nos esclarecerá quando tem origem um novo ser humano e quando inicia-se a vida.

Um famoso geneticista francês, o professor Jérôme Lejeune, consultado sobre o ponto inicial da existência do indivíduo humano pelo Senado norte-americano, elaborou um relatório intitulado por ele próprio de TESTEMUNHO, pelo qual está transcrito abaixo:

Quando começa um ser humano? Desejo trazer a esta questão a resposta mais exata que a ciência pode atualmente fornecer. A biologia moderna ensina que os ancestrais são unidos aos seus descendentes

⁷⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.86-89.

por um liame material contínuo, pois é a fertilização da célula feminina (o óvulo) pela célula masculina (o espermatozóide) que emerge um novo indivíduo da espécie humana.

A vida tem uma longa história, mas cada indivíduo tem o seu início muito preciso, o momento de sua concepção.

O liame material é o filamento molecular do ADN. Em cada célula reprodutora, essa fita, de um metro de comprimento aproximadamente, é cortada em segmentos (23, na nossa espécie). Cada segmento é cuidadosamente enrolado e empacotado (como uma fita magnética em minicassete), tanto que no microscópico aparece como um bastonete: um cromossomo.

Desde que os 23 cromossomos do pai se juntam aos 23 cromossomos da mãe, está coletada toda a informação genética necessária e suficiente para exprimir todas as características inatas do novo indivíduo. Isto se dá à semelhança de uma minicassete introduzida num gravador; sabe-se que produz uma sinfonia. Assim, também o novo ser começa a se exprimir logo que foi concebido.

[...]Aceitar o fato de que, após a fecundação, um novo indivíduo começou a existir, já não é uma questão de gosto ou opinião. A natureza humana do ser humano, desde a concepção até a velhice, não é uma hipótese metafísica, mas sim uma evidência experimental.⁸⁰

O início da personalidade jurídica se opera com o nascimento, que por sua vez se origina com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que ultrapassa a capa protetora do óvulo e se introduz por inteiro dentro do mesmo, que é o momento em que se inicia a vida.

De acordo com a Embriologia humana, a vida tem início com a fecundação. Nesse sentido, Antônio Chaves, citando também a recomendação do Conselho da Europa preceitua:

É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.

Na conformidade de recomendação do Conselho da Europa:

“desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável”⁸¹

Portanto, entende-se por fecundação a união do espermatozóide com o óvulo. Neste momento, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única

⁸⁰ QUANDO começa um ser humano? Disponível em:

<<http://www.geocities.com/Heartland/Forest/5876/qdocomecahumano.htm>> 1997, n.417, p. 83. Acesso em: 19 de jun. 2003.

⁸¹ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 16.

célula: o “zigoto” ou “ovo”. Devido a esta fusão, observa-se que o zigoto não é apenas a soma dos elementos que lhe originaram, mas uma nova entidade biológica, um novo ser humano começando o seu ciclo vital, preparado para desenvolver-se.

Na visão de Eugênio Carlos Callioli, o zigoto já é uma vida humana e, segundo o autor, a origem da vida tem algumas verdades fundamentais:

a) a vida do ser humano começa no momento da concepção: desde o momento da fusão do espermatozóide com o óvulo existe um novo organismo, que possui já todas as características que fazem dele um indivíduo único, distinto do organismo da mãe; b) desde a concepção até a morte, trata-se sempre do mesmo ser humano, cujo desenvolvimento realiza-se de modo perfeitamente continuado. Não tem lugar, em momento algum, qualquer modificação fundamental que atinja o status de ser humano; c) a natureza do embrião é sempre a mesma, quer sua concepção tenha sido realizada no interior ou no exterior do organismo da mãe...

O próprio Dr. Edwards define o embrião – já desde o período pré-implantatário – como “um microscópio ser humano em um precocíssimo estágio de desenvolvimento.”⁸²

O médico especialista em Ginecologia e Obstetrícia, Dr. Dermalva da Silva Brandão esclarece:

A embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo – duas células germinativas[...] Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema de atividades, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismo de extraordinária precisão. Já não são mais dois sistemas operando independentemente um do outro, mas, um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular[...] cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte[...]

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

Já nas primeiras fases não é um simples ‘ajuntamento de células agrupadas’, mas células que formam uma estrutura coordenada conforme a sua espécie[...]

⁸² CALLIOLI, Eugenio Carlos. Aspectos da fecundação artificial “*in vitro*”. **Revista de direito civil**, 44. s.d., p. 73.

Em nenhum caso há mudança: é o mesmo ser que, desde a fusão dos gametas, se desenvolve continuamente. Muda a forma mas não muda o ser.

Cada fase depende da anterior e se continua na seguinte[...]⁸³

Observa-se com isso que no momento da fecundação é que se inicia a vida humana, surge um novo ser humano já individualizado, com características próprias, diferente da mãe e do pai. A partir da fecundação vai haver apenas um processo de desenvolvimento com sucessivas atividades moleculares e celulares.

Ainda neste aspecto, o autor Jaques de Camargo Penteado esclarece:

Sabemos com certeza absoluta que a ontogenia humana – o surgimento de um novo ser humano – está contida nos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo) e se produz pela fusão dos gametas – isto é, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide, constituindo-se assim um novo núcleo, o zigoto, com um código genético nitidamente distinto da dos gametas cuja fusão foi a causa da sua origem.

Prosseguindo, a 'fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas trompas de Falópio de doze a vinte e quatro horas depois da ovulação. O zigoto avança para o útero, ao mesmo tempo em que se iniciam no seu interior as primeiras divisões celulares. Por volta do sexto dia após a ovulação, o zigoto implanta-se na mucosa do útero ou endométrio, passando a denominar-se blastócito'.

Acrescenta-se que, é 'importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirma que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo, não há nenhuma fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo *ser humano existente*'.⁸⁴

Pedro-Juan Viladrich, citado pelo autor acima mencionado, conclui:

Etapas seguintes que esse embrião percorre são simples fases de auto crescimento intrínseco da sua unidade original. Desde a constituição do zigoto até o nascimento da criança, essas fases são da mesma natureza das que ocorrem com os velhos, que antes foi adulto, e antes ainda adolescente, criança e recém-nascido. Em todas essas fases, dentro do útero ou fora dele, o ser humano não precisa de nenhuma outra contribuição vital exceto a nutrição, o oxigênio e o tempo.⁸⁵

⁸³ PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 22-24.

⁸⁴ Ibidem, p. 147-148.

⁸⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 148.

Estudos existentes apontam que, de vinte e quatro a trinta e seis horas após a fecundação, a primeira célula individualizada denominada zigoto ou blastócito começa um processo de divisão dando origem ao embrião. Após seis semanas, este passa a denominar-se feto. Entretanto, já ao cabo de duas semanas de existência o embrião contém um código genético completo, distinto e único.⁸⁶

Além disso, Sérgio Ferraz ainda relata:

Uma coisa é indiscutível: 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.⁸⁷

Portanto, biologicamente, a vida começa com a fecundação, embora a implantação ou nidificação, momento em que se inicia a gravidez, é que garante a sobrevivência do conceito.

Nesse mesmo sentido, Genival Veloso de França afirma:

[...]para quem a vida se inicia no momento da fecundação e a nidificação ou nidificação é um processo a mais na marcha de uma vida já em progressão.

Mesmo que não haja aninhamento do ovo útero, seu poder vital é tanto, que pode evoluir nas trompas, no peritônio, ou onde possa se desenvolver.⁸⁸

A propósito do assunto em tela, merece transcrição o parecer de Nilson Sant'anna, citado por Genival Veloso de França:

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, do ovo implantar-se no útero. A nidificação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.⁸⁹

⁸⁶ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 47.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁸⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **O direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1976. p. 149.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 149-150.

Num artigo publicado pela revista *Consulex*, João Mestieri coloca:

Todo ser humano pode perguntar-se: de onde vim? Quando se deu o meu início? O corpo material é um elemento essencial do ser humano; assim, ele principia quando o seu corpo começa a se desenvolver. No caso da inseminação artificial, o que se procura é dar um filho a um casal que, embora deseje isso ardentemente, não logra obter esse resultado pelo modo natural. Esse corpo, indubitavelmente, passa a existir no momento em que se fundem óvulo e esperma, e se forma o zigoto. Este não é a simples adição dos elementos que lhe deram origem, mas uma nova entidade biológica, um novo ser humano começando o seu ciclo de vida; não se trata, aqui, de expectativa de vida humana, mas de um verdadeiro ser em desenvolvimento.⁹⁰

Defensor da vida humana na fecundação, Arnaldo Rizzardo explica com maestria o seguinte:

Dando-se a concepção extracorpórea, há uma nova vida, surge um indivíduo novo. Discutem os filósofos a respeito do começo, ou a individualização da vida nascente no ser humano. E aqui é importante destacar uma constatação. Na concepção normal da vida humana ou através do ato sexual, separam-se fragmentos do corpo masculino e do corpo feminino, que se movimentam até o encontro. Daí se dá a fecundação. Ou seja, a nova vida humana que surge constitui um ser humano separado e distinto do pai e da mãe. Um indivíduo em si mesmo, que possui em si todo o necessário para organizar seu próprio desenvolvimento, seu crescimento e sua diferenciação, num ambiente apropriado. A ambientação biológica num lugar natural ou artificial é uma circunstância acidental, da mesma forma que o indivíduo humano, seja microscópico ou macroscópico. E todo ser humano, recém-iniciado ou adulto, são ou enfermo, com funções biológicas normais ou insuficientes, deve ser respeitado em sua vida e dignidade. E aí está o embrião humano, que é pessoa desde o instante da inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, ou da fusão do esperma e do óvulo. Os diversos momentos ou etapas posteriores para a sua continuidade, até chegar ao feto e ao parto.⁹¹

3.2 Teorias sobre o Início da Vida

Conforme acima exposto, é de grande importância a determinação de quando ocorre o início da vida humana, seja para efeitos legais, seja para proteção da vida em potencial.

⁹⁰ MESTIERI, João. *Revista Consulex*. Brasília, Ano 3 n.32, p. 41-42

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. 1. p. 255-256.

Desde os mais remotos tempos, sempre existiram divergências sobre o início da vida.

Tradicionalmente, os ensinamentos da embriologia distinguem, durante o desenvolvimento humano que se processa desde a fertilização até o estabelecimento do corpo embrionário, duas fases distintas:

a) o período pré-embrionário, que compreende as fases iniciais, a partir da fertilização até o final da terceira semana; e

b) o período embrionário, no qual se estabelece a forma do embrião, compreendendo da quarta à oitava semanas.

Após essa etapa, estabelece-se o denominado período fetal, que se estende da nona semana até o nascimento, e é caracterizado pelo crescimento e elaboração das estruturas.⁹²

Tais divergências tornaram-se ainda mais complexas quando o Comitê Italiano Nacional de Bioética, com a finalidade de apresentar dados biológicos mais precisos sobre a individualização do embrião, expuseram analiticamente as diferentes fases de seu desenvolvimento, denominando tal parecer de Cronologia do Desenvolvimento do Embrião, dividindo-o em vários estádios, a seguir expostos:

a) durante o *estádio 1*, no primeiro dia da fecundação, os dois genomas (patrimônios genéticos codificados nas seqüências do DNA contido nos cromossomos) dos pais, já em comum no citoplasma desde o momento da fecundação, associam-se para formar o zigoto;

b) durante o *estádio 2* (2º e 3º dias) acontecem as primeiras subdivisões mitóticas do zigoto e a formação da mórula (2-16 células) e inicia a atividade de transcrição da informação genética contida no zigoto, que exprime os caracteres específicos do indivíduo;

c) durante o *estádio 3* (4º e 5º dias) se forma a blastociste (64 células): as células derivadas do zigoto, que até a este momento são 'totipotentes', ou seja, podem exprimir cada uma o programa genético completo de um indivíduo humano, a partir deste estágio perdem tal propriedade, no sentido de que se somente uma sua integração pode exprimir tal programa;

d) durante o *estádio 4* (6º dia) a blastociste começa a implantar-se na parede uterina e se consolidam as interações entre o embrião e o organismo materno, já presentes na condição bioquímico-endocrinológica no ambiente tubário;

e) os *estádios 5* (do 7º ao 12º dia) e *6* (do 13º ao 15º dia) determinam

⁹² MOORE, 1991, p.5 apud MEIRELLES, 2000, p.112-113.

processos biológicos muito significativos. Por um lado, a implantação da blastociste chega a completar-se, e se distinguem nitidamente a componente embrionária daquela extra-embrionária, que dará lugar à formação das membranas (placenta, âmnio, saco vitelino, cordão umbilical). Por outro lado, aparece (15º dia) a linha ou estria primitiva que permite identificar o eixo craniocaudal, as extremidades, as superfícies dorsal e ventral, a simetria direita-esquerda, em outras palavras, o plano construtivo do embrião[...];

f) o *estádio 8* (18º dia) caracteriza o aparecimento da placa neural, da qual terão origem as estruturas do sistema nervoso central e periférico.⁹³

Sem dúvida, através dos vários estudos científicos tornou-se possível afirmar a existência das distintas fases do desenvolvimento humano, desde a concepção até o nascimento. Porém, a ciência não pode determinar exatamente uma passagem da animalidade à humanidade; um limite que, uma vez transposto, determine natureza humana à nova, única e autônoma realidade biológica que amadurece lentamente. Necessário, então, recorrer-se à antropologia filosófica que, tendo em vista o fim dessa unitária evolução – o homem – afirma estar em curso um processo de humanização, uma vida autônoma, unitária.⁹⁴

Diversas são as teorias que apontam ou procuram determinar quando seria o início da nova vida que surge. No presente trabalho serão mencionadas algumas delas, com enfoque àquelas que acreditam existir uma nova pessoa no momento da concepção, ou seja, na própria fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Entretanto, como poderá ser observado, o posicionamento dos autores está longe de ser considerado pacífico, haja vista que uns se prendem a critérios biológicos, outros em visão mais abrangente.

Existe uma teoria afirmando que deve prevalecer a tese segundo a qual o embrião humano, mesmo concebido *in vitro*, apresenta identidade pessoal a partir da fecundação, isto é, o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação, porém, como já citado, tal teoria será explicada oportunamente, com o intuito de dar maior ênfase por

⁹³ BIOÉTICA, Comitê Italiano Nacional de. Identidade e Estatuto do Embrião. Revista SEDOC, Petrópolis(RJ), 1997. p.540-562. (Tradução de Antônio Angonese).

⁹⁴ VILA-CORO, 1995, p. 32 apud MEIRELLES, 2000, p. 113. MOORE, 1991, p.5 apud MEIRELLES, 2000, p.112-113.

entender consistir extrema relevância.

Todavia, devido ao entendimento desta teoria, qual seja, considerar propriamente humana a vida existente desde o momento da união dos gametas fecundantes, e ainda, após o parecer da cronologia do desenvolvimento do embrião, surgiram algumas objeções dando origem há teorias tendentes a explicar as diversas fases posteriores do desenvolvimento embrionário a partir das quais a nova vida receberia o caráter de humana.

A chamada teoria genético-desenvolvimentista baseia-se no fato de o ser humano, no início de seu desenvolvimento, passar por diversas fases, apresentando, em cada uma delas, características diversas.

A problemática desta teoria dá origem a várias outras teorias, pois são diversos os critérios de identificação de elementos capazes de determinar a individualidade do novo ser: aos 06 dias, a partir do início do implante, eis que só a partir de então há possibilidade de geração de um indivíduo; após 14 dias, com a formação do plano construtivo do embrião e a rudimentar organização do sistema nervoso central; a partir do 18º dia, com o aparecimento da placa neural, necessária a possibilitar o controle de sensibilidade à dor; e assim por diante.

Há uma corrente que afirma que somente a partir do início do implante (aos seis dias) é possível admitir-se a caracterização de 'pessoa', eis que só então as células podem ser consideradas capazes de gerar um indivíduo distinto. Para seus adeptos, a partir do sexto dia, a blastociste passa do estado de totipotência para o estado de unipotência, significando que o desenvolvimento a partir de então dar-se-á "somente como ser humano e somente naquele ser humano".⁹⁵

Vale destacar as teorias que consideram o 14º dia para identificação como pessoa. Uma dessas teorias afirmam aparecer aí a formação do plano construtivo do embrião e a rudimentar organização do sistema nervoso central. Esse limite para se reconhecer o caráter do embrião humano, foi proposto inicialmente em 1979, com a justificativa de que o 14º dia corresponde ao final da implantação.

Outra ordem de raciocínio conduz, igualmente ao limite do 14º dia, pois é importante para o fator de individualidade e unicidade, já que neste prazo pode

⁹⁵ SGRECCIA, 1996, p. 349 apud MEIRELLES, 2000. p. 117-118.

ocorrer que o zigoto se desdobre em partes idênticas, dando lugar a gêmeos monozigóticos. Argumenta-se, assim, que até então não se poderia falar em indivíduo, posto que permaneceria indeterminada até mesmo a existência de apenas um ser humano.

Ocorre que, essas teorias que limitam ao 14º dia a identificação do embrião como pessoa, representam singularidades da natureza, não servindo para estabelecer uma teoria geral a respeito do início da vida humana.

Para Jackes Testart, “o intervalo de quatorze dias, escolhido por muitos arbitrariamente, revela uma pérfida definição dos valores humanos, e cria a ilusão de não estarmos matando seres humanos, no caso de descarte dos embriões excedentes”.⁹⁶

Há aqueles que consideram necessário, para a caracterização da pessoa humana, aguardar-se até o 18º dia, para o aparecimento da placa neural, além do primeiro esboço das estruturas cerebrais e nervosas que, desenvolvidas, possibilitam o controle da sensibilidade à dor.⁹⁷

Na tentativa de explicar o começo da existência, existe também, a “teoria da configuração dos órgãos”, como determinação da unidade e individualização do novo ser (inclusive com a diferenciação sexual). Para os que a adotam, até a plenitude da formação do corpo não se poderia falar na existência de uma “pessoa”, já que não estaria plenamente individualizada, ou seja, não estaria formado o indivíduo, posto que para que o concebido seja caracterizado como pessoa humana, seus órgãos devem encontrar-se já constituídos.

Outros autores entendem ser fundamental a formação do sistema nervoso e a funcionalidade do cérebro, para se evidenciar a natureza humana do embrião. Trata-se, em última análise, da aplicação do critério científico de morte, em sentido inverso, haja vista que a morte se caracteriza cientificamente no momento em que o cérebro deixa de funcionar, e inversamente, seria necessário o aparecimento das primeiras manifestações de um cérebro para se iniciar a vida humana.

⁹⁶ SANTOS, 1993, p.83 apud MEIRELLES, 2000. p. 123.

⁹⁷ BIOÉTICA, Comitê Italiano Nacional de. Identidade e Estatuto do Embrião. **Revista SEDOC**, Petrópolis(RJ), 1997. p. 548.

Essa teoria funda-se em base errônea, qual seja a de que o zigoto não apresenta cérebro. De fato, o órgão não está ainda constituído desde a concepção, mas seus rudimentos já se encontram em fase de desenvolvimento ativo e dinâmico, e a prova está em que havendo manipulação dos genes responsáveis pelo cérebro, estar-se-á atuando sobre o cérebro do ser que, breve, será pessoa humana adulta.⁹⁸

Existe também a “teoria da viabilidade” segundo a qual a natureza humana do concebido e não-nascido é outorgada somente àqueles que alcancem maturidade suficiente para viver fora do útero.

A imprecisão do critério é flagrante, levando-se em conta as diferenças de resistência e força que cada feto apresenta, segundo suas características individuais. Ademais disso, não é possível prever exatamente como irá se desenvolver o feto fora do útero. A viabilidade de vida fora do útero depende, portanto, de fatores de caráter pessoal, individual, que não servem para fixar uma teoria de aplicação generalizada, ainda mais para determinar o estatuto que regerá o período intra-uterino.⁹⁹

Outra teoria interessante é a que se refere ao momento da “infusão” da alma no corpo, para determinar a caracterização da pessoa humana. Com isto, pode-se afirmar que tal teoria está de acordo com a tese aristotélica da sucessão progressiva de almas (sensitiva, animal, racional), assegurando que o começo da vida humana estaria vinculado ao momento da infusão da alma racional ao corpo humano.

Em sua obra, a Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles cita Donceel, que afirma de forma bastante curiosa, não saber quando a alma humana é infundida no corpo, mas assegura não haver alma e, por conseguinte, pessoa humana nas primeiras semanas de gravidez.¹⁰⁰

A autora supra citada faz a seguinte conclusão a respeito das teorias acima expostas:

⁹⁸ VILA-CORO, 1995. p. 33 apud MEIRELLES, 2000. p. 129.

⁹⁹ VILA-CORO, 1995. p. 36 apud MEIRELLES, 2000. p. 131.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de . **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 131.

É fácil perceber que os dois primeiros posicionamentos (6 dias e 14 dias) referem-se ao problema de identificação do embrião com a pessoa humana substancialmente considerada; já a terceira linha de pensamento (18 dias ou mais) é assumida pelos que entendem ser necessária, além da individualidade, a natureza racional.

Recorda, porém, o Comitê Italiano Nacional de BIOÉTICA, ser antiga a concepção filosófica que entende não possuir o embrião natureza humana desde o seu início. Em tal sentido da antropologia filosófica, haveria necessidade de ser desenvolvida a 'matéria' biológica, de maneira a atingir o grau determinado a caracterizar a natureza racional do indivíduo humano.

Advertem os italianos estar totalmente superada a referida teoria, porquanto se fundamenta em um modelo de embriogênese atualmente afastado sob o ponto de vista científico. Ademais, ante aos parâmetros de entendimento atual, salientam parecer mais razoável admitir-se que um determinado ser se constitui juntamente com a sua natureza, desenvolvendo-a e conservando-a durante toda a existência, em lugar de imaginar-se haver alteração da própria natureza individual no transcurso do seu desenvolvimento.

Esse posicionamento revela-se na afirmação de que "o recém-concebido tem sua realidade biológica própria e bem determinada: é um indivíduo totalmente humano em desenvolvimento, que, autonomamente, momento a momento, sem descontinuidade alguma, constrói a própria forma, executando, por uma atividade intrínseca, um desenho projetado e programado em seu próprio genoma".¹⁰¹

Além disso, o "pai científico" do primeiro bebê de proveta do mundo, Dr. Robert Edwards, assume posição mais radical a esse respeito. Afirma que a fertilização não dá começo à vida, que é dotada de continuidade tal que se encontra no ovócito e remonta a gerações passadas. Assim, sob o ponto de vista biológico, o programa de desenvolvimento de um embrião humano pode ser iniciado sem que haja fertilização, por meio de partenogênese.¹⁰²

Observa-se, porém, que o referido cientista não faz distinção entre a vida em geral, sob o aspecto dinâmico de movimento filogenético, e a vida individual, de um novo ser concretamente considerado, como movimento ontogenético. Sob o primeiro aspecto, a vida admite alterações estruturais; o segundo, que diz respeito ao ser, que necessita do ambiente adequado para o desenvolvimento.¹⁰³

Demais disso, acredita Edwards que os direitos dos embriões não podem

¹⁰¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 132-133.

¹⁰² VILA-CORO, 1995, p. 39 apud MEIRELLES, 2000. p. 133.

¹⁰³ VILA-CORO, 1995, p. 40 apud MEIRELLES, 2000. p. 133.

ser comparados aos do homem, devendo ser analisados conforme o estado de desenvolvimento do concebido. Reconhecendo que ‘a fertilização é um degrau essencial, mas apenas um de uma longa sucessão de fases no estabelecimento do indivíduo’[...]¹⁰⁴

Após a análise das referidas teorias sobre o início da vida, convém ressaltar as principais delas, que serão a seguir expostas:

3.2.1 Teoria Concepcionista

Essa teoria parte da idéia segundo a qual a fecundação do óvulo assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que lhe deram origem, dotado de um código genético próprio, que conduzirá todo seu desenvolvimento. Procura-se, dessa forma, afastar a identificação do ser pré-implantatório como bens ou coisas.

Como já exposto no presente trabalho, entende-se por fecundação a união do espermatozóide com o óvulo. Neste momento, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única célula: o “zigoto” ou “ovo”. Devido a esta fusão, observa-se que o zigoto não é apenas a soma dos elementos que lhe originaram, mas uma nova entidade biológica, um novo ser humano começando o seu ciclo vital, preparado para desenvolver-se.

Portanto, para os concepcionistas, o ser concebido e ainda não nascido já é pessoa, independentemente de sua viabilidade, e assim, sob as pilares dessa doutrina, não há nenhuma razão em não se admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa, pelo único fato de não estar no ventre materno.

Assim, a corrente doutrinária denominada concepcionista sustenta que o embrião goza de direitos a partir da concepção, pois desde esse momento é

¹⁰⁴ SILVA, 1986, p. 54 apud MEIRELLES, 2000. p. 134.

caracterizado como pessoa.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

A teoria concepcionista – que certamente influencia bastante o mundo jurídico – admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (salvo os óbvios atributos de tamanho e função).¹⁰⁵

A doutrina majoritária opina no mesmo sentido. Assim, Hélio Gomes afirma ser o embrião, humano, desde o momento da concepção até o parto.¹⁰⁶

A autora Jussara Maria Leal de Meirelles sustenta:

Deve prevalecer a tese segundo a qual o embrião humano, mesmo concebido *in vitro*, apresenta identidade pessoal a partir da fecundação. Considerada a sua destinação intrínseca ao nascimento de um novo ser humano completo, desde a concepção – *in utero* ou *in vitro* – deve instaurar-se a responsabilidade social em torno da sua proteção jurídica.¹⁰⁷

Esse ser humano no início de sua existência, ainda que a mesma tenha se verificado por meio de fecundação *in vitro*, merece, então, sejam-lhe dadas as condições necessárias para poder continuar o seu plano e melhor desenvolvimento desde o instante em que tal desenvolvimento se fez iniciar.¹⁰⁸

O autor Sérgio Abdalla Semião tem o seguinte pensamento:

Se não somos adeptos da escola concepcionista, também não chegamos ao ponto de dizer que o embrião e o feto não contêm vida humana. Destarte, tanto o embrião, quanto o feto, constituindo vida humana, devem obviamente ser protegidos pelo Direito.¹⁰⁹

¹⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 385.

¹⁰⁶ GOMES, p.439 apud LEITE, 1995. p. 386.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 110.

¹⁰⁸ SGRECCIA, 1996, p.43 apud MEIRELLES, 2000, p. 110.

¹⁰⁹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 172.

Encontram-se entre os adeptos desta corrente concepcionista, Teixeira de Freitas¹¹⁰, Pontes de Miranda¹¹¹, R. Limongi França¹¹², Ives Gandra da Silva Martins¹¹³, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira¹¹⁴, dentre outros.

3.2.2 Teoria Nidacionista

Algumas modernas escolas médicas adotam o critério da nidação, ou seja, a implantação do embrião no útero materno, para determinar o início da vida humana, na medida do entendimento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher.

A autora Mônica Sartori Scarparo relata dessa forma:

Para um grupo de estudiosos do assunto, apenas depois da nidação, isto é, quando feito o implante no útero materno, é que começaria de fato a vida. Até então, existiria somente um conjunto de células, que constituiriam os alicerces do embrião. Não seria viável falar de vida enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe. Esse momento é que marcaria presença de vida, uma vez que ele tem, agora, possibilidades de evoluir como um novo ser. E isso não é possível com o óvulo fecundado *in vitro*, que não tem, atualmente, qualquer viabilidade de desenvolvimento fora do útero materno.¹¹⁵

O professor Waldemar Diniz Pereira de Carvalho, citado por Silmara Almeida, manifesta-se, a respeito do assunto, afirmando que:

¹¹⁰ Consolidação das Leis Civis, 3 ed. Rio de Janeiro, H. Guarnier, 1886 e **Esboço do Código Civil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação**, 1952 apud ALMEIDA, 2000. p. 158.

¹¹¹ Tratado de Direito Privado, **Parte Geral-Introdução-Pessoas Físicas e Jurídicas**, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954 apud ALMEIDA, 2000. p. 158.

¹¹² Manual de Direito Civil. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981 apud ALMEIDA, 2000. p. 158.

¹¹³ MARTINS, Fundamentos do Direito Natural à vida. In: Revista dos Tribunais, v 621:27-30 apud ALMEIDA, 2000. p. 158.

¹¹⁴ **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1937 apud SEMIÃO, 2000. p. 173.

¹¹⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 42.

...à luz dos conhecimentos atuais, adquiridos com a fecundação ou com a fertilização *in vitro* e com o transplante do oócito, é certo que a gestação somente se inicia no instante da implantação e nidação do ovo.¹¹⁶

Explica que o óvulo, após ter sido retirado do organismo da mulher e submetido a fecundação, no laboratório, requer de 48 a 72 horas para poder ser transferido ao útero em que será implantado, para iniciar a nidação, transformando-se, após aproximadamente cinco semanas, em embrião. E argumenta nos seguintes termos:

É óbvio que durante esse período do desenvolvimento extracorpóreo do ovo, a mulher não pode ser considerada grávida; tampouco o ovo terá condições de se desenvolver caso não seja transferido para o útero da futura mãe.

Confirma-se assim que a normal implantação e nidação do ovo no útero materno estabelece o início da gestação, isto é, do novo ser.¹¹⁷

Contrariamente à tendência rebateu o Prof. Nilson Sant'Anna, no 1º Congresso Brasileiro de Medicina Legal, com o seguinte argumento:

Então, os dois gametas, as células germinativas do homem e da mulher se fundem e a este ovo resultante dessa fecundação, com esta vida própria, não se pode chamar de humana? Seria então o que? Inumana? Animal? Vegetal? De que vida falam então? Que entendem eles quando diferenciam as duas vidas? É a primeira realmente diferente da segunda?¹¹⁸

Essa teoria apresenta-se difícil de ser mantida após a comprovação de que é possível não somente gerar vida humana na proveta, mas também mantê-la.¹¹⁹

¹¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1. p. 257.

¹¹⁷ Ibidem, p. 257.

¹¹⁸ SANT'ANNA, p. 182 apud LEITE, 2000. p. 387.

¹¹⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118.

3.2.3 Teoria Genético-Desenvolvimentista

Segundo a doutrina denominada genético-desenvolvimentista, no início do seu desenvolvimento o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. Sendo assim, em cada uma dessas fases, o novo ente em formação apresenta características diversas. Deste modo, logo no início, é comparável a um mero aglomerado celular.

Sobre este assunto, Jussara Maria Leal de Meirelles elucida:

Na literatura médica, costuma-se afirmar não se saber ao certo quando um embrião se torna um ser humano, muito embora alguns considerem os embriões de sete a oito semanas de idade como seres humanos em formação. Demonstra-se o distanciamento entre o ser embrionário em inicial fase de desenvolvimento e os seres humanos nascidos.

A partir de tais assertivas, o reconhecimento de sua dignidade e conseqüentemente, da necessidade de seu amparo, para os defensores da teoria genético-desenvolvimentista, somente se dá em um segundo momento, não tendo origem na concepção.

Esse outro momento em que se lhe deva dar a necessária proteção, é aquele no qual é já possível identificá-lo como único, individualizado. Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como 'pessoa'. Daí porque vêem a necessidade de se estabelecer critérios de identificação dos elementos capazes de determinar a sua individualidade.

É o que se deve entender por origem sucessiva de vida humana.¹²⁰

Essa teoria também é difícil de ser mantida, devido a problemática dos diversos critérios já expostos acima, de identificação de elementos capazes de determinar a individualidade do novo ser, já que tais critérios não possuem tamanha assertiva.

3.2.4 Teoria da Potencialidade da Pessoa Humana

Partindo de um posicionamento intermediário, existem ainda aqueles que mesmo sem reconhecer a existência de uma pessoa humana a partir da concepção, admitem haver uma potencialidade de o novo ser vir a se tornar uma

¹²⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de . **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113-114.

pessoa e, portanto, merecer proteção.

Na visão da autora Jussara Maria Leal de Meirelles:

Para os defensores de uma posição eclética, as duas posições anteriormente expostas (concepcionista e genético-desenvolvimentista) contêm aspectos verdadeiros, porém, são insuficientes se consideradas de modo isolado. Assim, marcando um posicionamento intermediário, essa tendência procura recompor os pontos que entendem falhos nas teorias concepcionista e genético-desenvolvimentista.¹²¹

A mesma autora continua afirmando que “aditem, desse modo, que as propriedades características da pessoa humana já se encontram presentes no embrião, em estado de latência”.¹²²

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite:

Sem classificar o embrião como ser humano desde a concepção, porém não se afastando da idéia referente à possibilidade de ‘vir a se tornar humano’, a corrente aponta ao embrião, desde o primeiro momento de sua existência, uma autonomia que não é ‘humana’, como pretende a corrente concepcionista, nem ‘biológica’, como afirmam os desenvolvimentistas, mas uma autonomia ‘embrionária’.

Sob a ótica da teoria da potencialidade da pessoa humana, não é possível identificar-se o embrião totalmente com os seres humanos, posto que esses se caracterizam por serem dotados de personalidade; por outro lado, também não se admite caracterizar o embrião como um mero aglomerado celular, à medida que seu desenvolvimento se destina, inexoravelmente, à formação de uma pessoa humana. Por essas razões, os adeptos dessa corrente preferem reconhecer no embrião um ‘ser humano potencial’, ou se referem à ‘potencialidade de pessoa’, para designar a autonomia embrionária e o estatuto que lhe é próprio.¹²³

Evidentemente, propriedades como a consciência e a inteligência não dizem respeito a uma célula ou a um pequeno número de células, supondo uma organização biológica mais complexa, que aparece depois. Porém, o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes, tais condições são necessárias, o que vem a significar

¹²¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de . **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 137.

¹²² Ibidem, p. 138.

¹²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.266, jul. 1997.

que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma 'pessoa'.¹²⁴

Eduardo de Oliveira Leite conclui sobre o comentário acima exposto:

Tal entendimento realça sobremaneira a evolução uterina do embrião, ressaltando a sua dimensão essencial a transformar o ser embrionário que, originalmente, corresponde ao nada, mas se apresenta potencialmente apto, desde o início de sua existência, a se tornar um homem.

Sem afastar a importância biológica da evolução, a terceira corrente minoriza seus aspectos, 'responsabilizando' a mãe e, de igual forma o pai, pelas chamadas 'prestações múltiplas', imprescindíveis na formação do novo ser.

Tais 'prestações', portanto, imprimem nova dimensão ao embrião e ao seu desenvolvimento, de maneira a priorizar a gravidez como elemento determinante do caráter humano que se pretende imprimir ao ser que se forma. Assim, aos adeptos dessa corrente, os nove meses de gestação garantem a existência do embrião, sob a condição de que essa existência seja inteiramente envolvida na própria existência da mãe. Em outras palavras, durante a gravidez, 'a mãe faz este novo ser, tanto quanto se faz a si próprio'.

Nisso residem, para essa corrente, o papel e a responsabilidade da mãe e, de maneira mais ampla, de ambos os genitores, na gênese do ser que se forma, o que não se limita à mera concepção (como pretende a teoria concepcionista), nem tampouco se esgota no desenvolvimento biológico do novo ser humano (conforme a teoria genético-desenvolvimentista), mas 'se aperfeiçoa no direito e no dever de gerar o embrião de forma autenticamente responsável'.¹²⁵

Os dois gametas fecundantes não se encontram por sua própria iniciativa. Seja na fecundação *in vivo*, seja na fecundação *in vitro*, determinadas pessoas fizeram com que eles se encontrassem. É nesse sentido que se afirma que o embrião se inscreve em um projeto parental específico.¹²⁶

Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles:

O reconhecimento do embrião como uma 'pessoa' potencial não torna, de modo algum, facultativo o respeito que lhe é devido. Marca-lhe, porém, a diferença em relação às pessoas reais, nascidas, específicas.

Não se deve afastar, no entanto, a idéia de que as pessoas nascidas tiveram também sua origem embrionária; e, sob aspecto diverso, os embriões, já no início do seu desenvolvimento, são tão reais quanto aquelas. Por isso, seja pela origem identicamente embrionária de todos

¹²⁴ BERNARD, 1994, p.161-162 apud MEIRELLES, 2000. p.138.

¹²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.267, jul. 1997.

¹²⁶ SÈVE, 1994, p. 104-105 apud MEIRELLES, 2000. p. 140.

os seres humanos nascidos, seja pela possibilidade de o embrião vir a nascer, fato é que tal similitude impõe ao novo ser que se forma o amparo e o respeito à vida nele contida e à sua dignidade.¹²⁷

À evidência, conforme ressalta Paula Martinho da Silva, mesmo aqueles para quem o embrião não pode ser considerado desde logo uma pessoa humana, admitem a necessidade de amparo jurídico que possa distingui-lo, como ser potencial que é, de mero objeto inerte e subordinado à vontade e à disposição de um proprietário.¹²⁸

Não parece, assim, admissível entender-se que o ser embrionário tem direito apenas a um respeito embrionário. Reconhecendo-lhe potencialidade de ser humano, impõe-se admitir-lhe dignidade não apenas proporcional ao seu nível evolutivo. Isso seria demonstrar 'uma clara involução das nossas conquistas civilizadas'.¹²⁹

Na opinião de Mônica Sartori Scarparo:

O embrião congelado, porém fecundado *in vitro*, embora seja um ser potencial, por já se haver iniciado uma nova vida, não é alvo de qualquer tutela, já que não se encontra dentro do corpo materno, condição indispensável para que ocorra seu reconhecimento pela lei.¹³⁰

Essa teoria também é difícil de ser mantida, dada a ambigüidade oferecida pela expressão pessoa potencial, tornando necessário diferenciá-la de outra, a potencialidade de pessoa.

Jussara Maria Leal de Meirelles explica com maestria o assunto:

Quando se afirma que o embrião deve ser tratado como uma pessoa potencial, duas ordens de orientação emergem da assertiva: a primeira, que não é possível considerá-lo como uma pessoa atual, capaz de por si fazer valer a sua dignidade (tal tarefa cumpre aos pais, ou a um curador).

A segunda, que ao falar em pessoa potencial implica respeitar não mais do que uma potencialidade de ser humano. Sendo assim, o respeito

¹²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 141.

¹²⁸ SILVA, 1986, p. 62 apud MEIRELLES, 2000. p. 141.

¹²⁹ SÈVE, 1994, p. 110 apud MEIRELLES, 2000. p. 141.

¹³⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.41.

deve ser dirigido ao presente à medida que se considere o futuro, e é justamente esse futuro o elemento regulador do amparo ético. Afirmar-se o embrião como pessoa potencial é, em suma, impor respeito dentro dos limites que o novo ser representa: uma pessoa potencial.¹³¹

Não obstante as diversas teorias a respeito do início da vida humana é certo que não se pode considerar como “coisa” o embrião, haja vista que “para a lei existe o homem e a coisa”.¹³²

Destarte, não sendo coisa, será um ser humano, portanto, digno de proteção legal e respeito em sua dignidade humana.

¹³¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de . **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 147-148.

¹³² OS CRITÉRIOS biológicos da presença de uma pessoa humana. Disponível em: <<http://www.terravista.pt/ancora/2254/apoio/pessoab.htm>>. Acesso em: 19 de jun de 2003.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre todas as influências que a Constituição brasileira recebeu das Constituições de Portugal e Espanha promulgadas na década de 70, cabe destacar a questão dos princípios fundamentais, onde nota-se expressamente a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e substrato principal dos demais direitos e garantias individuais e coletivos.

Com efeito, reconhecimento da igual dignidade humana já havia sido contemplado nalgumas outras Cartas Políticas deste século, podendo-se mencionar a Constituição do México, de 1917, que fez referência ao princípio da dignidade humana dentre os valores que deveriam orientar o sistema educacional daquele país.

Mais adiante, em 1947, a Constituição Italiana utiliza a expressão "dignidade social" como atributo comum de todos os cidadãos, enquanto a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, na Alemanha, proclama que "A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público".

Seguindo a lição de José Carlos Vieira de Andrade, outro notável constitucionalista português, deve-se entender:

O princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. [...] E esse princípio há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre).

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.¹³³

A contribuição da Igreja na afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio elementar sobre o qual deve fundamentar-se o ordenamento

¹³³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almeida, 1987. p. 125.

constitucional brasileiro fez-se presente desde a fase que antecedeu a Assembléia Nacional Constituinte. Em abril de 1986, a Assembléia Geral da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - aprovou uma declaração pastoral denominada por uma Nova Ordem Constitucional. Nesse documento eclesialístico, os cristãos eram aconselhados a acompanhar de perto o andamento dos trabalhos constituintes, especialmente para posicionar-se e intervir ativamente quando se tentasse introduzir na Constituição "elementos incompatíveis com a dignidade e os direitos da pessoa humana. E, mais adiante, acrescentava que o empenho cristão deveria ter como objetivo a edificação de uma sociedade em que fossem respeitadas a dignidade e a liberdade da pessoa e promovidos todos os seus valores e direitos inalienáveis.¹³⁴

Segundo a igreja a dignidade humana e sua inviolabilidade se originam na idéia bíblica sobre o homem, ou seja, no seu caráter de imagem e semelhança ao próprio Deus (Gênesis 1, 28-30).

Como anota Germán Doig Kligen, citado por Cleber Francisco Alves:

[...] o homem é digno pelo seu próprio ser. O ser do homem é pessoal[...] Dessa raiz originária, comum a todo homem, procedem todas as outras perspectivas da dignidade humana[...]¹³⁵

Nesse mesmo documento, foi apresentado um resumo dos direitos e valores que, segundo a CNBB, e em conformidade com a Doutrina Social da Igreja, deveriam ser consagrados na nova Constituição, por afirmarem exatamente a proeminência da dignidade da pessoa humana.

Eis o que diz o documento:

Todo ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social, econômica, ideológica, política cultural, é portador de uma dignidade inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros como irmão e com a natureza como Senhor.¹³⁶

¹³⁴ Cf. CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. **Por uma Nova Ordem Constitucional**. São Paulo: Paulinas, p. 16, n 37; p.19-20, n° 46.

¹³⁵ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

¹³⁶ CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. **Exigências éticas da ordem democrática**. In: **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1993. vol 2. p. 548-549, citado por ALVES, Cleber Francisco, op. cit., p. 170

Por isso, todos os seres humanos são fundamentalmente iguais em direitos e dignidade, livres para pensar e decidir de acordo com a sua consciência; para expressar-se, organizar-se em associações e buscar sua plena realização, mas em profundo respeito à liberdade e à dignidade dos outros seres humanos, tendo sempre em vista o bem comum.

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Oportuno se faz a exposição de uma das recomendações propostas pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil- CNBB na XXVII Assembléia Geral em 1989:

Afirmamos que o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como objeto que se usa, um instrumento, uma coisa. De todas as criaturas terrestres, só o homem é 'pessoa', sujeito consciente e livre e, precisamente por isso 'centro e vértice' de tudo que existe sobre a terra.¹³⁷

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Assim, é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.

Além disso, é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo o respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar sempre sem

¹³⁷ CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Exigências éticas da ordem democrática. In: **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1993. vol 2. p. 548-549, citado por ALVES, Cleber Francisco, op. cit., p. 548-549.

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (de a cada um o que lhe é devido).

Nesse sentido, é importante ressaltar que:

[...]a dignidade da pessoa humana é vista como a necessidade de se respeitar como pessoa, independentemente de fatores diversos, tais como raça, religião, condição social, sexo, idade, etc. Significa, em outras palavras, reconhecer na pessoa humana o seu valor intrínseco e *sui genesis*, que não pode se avaliado segundo critérios de ordem econômica.¹³⁸

Passou-se a reconhecer a necessidade de se respeitar o homem como “pessoa”, o que significa, em última análise, percebê-lo com “um centro de liberdade e complexidade que é único, indivisível e não-intercambiável”¹³⁹

Essa progressiva afirmação dos direitos humanos no direito internacional trouxe em si uma grande transformação, eis que, junto ao clássico princípio da soberania dos Estados, surgiu outro princípio constitucional da ordem internacional contemporânea: a dignidade de todo ser humano.¹⁴⁰

Carlos Alberto da Mota PINTO assinala a conhecida fórmula de Kant, segundo a qual o homem é pessoa porque é “fim em si mesmo”, isto é, tem valor autônomo e não só valor como meio para algo diverso, donde resulta a sua dignidade. Observa o autor português que, em Kant, o reconhecimento dessa dignidade constitui a regra ético-jurídica fundamental, que estabelece a cada

¹³⁸ **CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Exigências Éticas da Ordem Democrática.** In: Encíclicas e Documentos Sociais. São Paulo: LTr, 1993, vol 3. p. 548-549, citado por ALVES, Cleber Francisco, op. cit., p. 170.

¹³⁹ Ibidem, p. 153.

¹⁴⁰ CARRILO SALCEDO, 1999, p. 16. apud MEIRELLES, 2000. p. 153.

homem o direito ao respeito.¹⁴¹

Fixa-se, assim, como princípio, o conteúdo da cláusula constitucional que determina o respeito à dignidade humana. Sob um primeiro aspecto, constitui-se em fundamento do Estado Democrático de Direito; sendo assim, base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões.¹⁴²

Quanto à origem e o sentido das expressões Dignidade e Pessoa, nota-se que, a palavra Dignidade, etimologicamente, se origina do termo latino *dignitas*, que significa "respeitabilidade", "prestígio", "consideração", "estima", "nobreza", "excelência", enfim, indica qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência".¹⁴³ Por sua vez, a palavra Pessoa, que etimologicamente veio do latim "personare", significa "criatura humana", servindo, assim, para designar cada um dos seres da espécie humana.¹⁴⁴

Nossa Carta Magna elenca em seu artigo 1º, inciso III, o princípio fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Conforme o doutrinador Alexandre de Moraes a dignidade da pessoa humana é inerente às personalidades humanas; é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.¹⁴⁵

Ademais, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, dizem que:

Os princípios constitucionais, portanto, determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Podemos falar na existência de uma hierarquia interna dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior,

¹⁴¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, 1992, p. 85. apud MEIRELLES, 2000. p. 154.

¹⁴² FERRAZ, Sérgio, 1991, p. 85. apud MEIRELLES, 2000. p. 159-160.

¹⁴³ FERNANDES Francisco; LUFT, Celso Pedro e GUIMARÃES, E. Marques. **Dicionário brasileiro globo**. 43. ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 223.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 473.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9ª ed. - São Paulo: Atlas, 2001. p. 48.

exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam.¹⁴⁶

Assim, a Constituição Federal eleva a dignidade da pessoa humana a um nível de princípio. De modo que, deverá ser sempre respeitado; haja vista que é a base de atuação do jurista, ou seja, guiam e fundamentam todas as demais normas.

A pessoa humana vem sendo o ponto de referência do ordenamento jurídico de modo que a dignidade humana compreende a garantia de que o ser humano seja respeitado em seus direitos, não se sujeitando a humilhações e ofensas, e também a garantia do pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Em comentário à previsão constitucional sobre a dignidade humana, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: “está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”.¹⁴⁷

Respeitar a pessoa humana implica, portanto, combater toda e qualquer prática que a diminua. E é sob tal enfoque que as técnicas de reprodução medicamente assistida e de engenharia genética, aqui consideradas particularmente na dimensão de sua aplicabilidade sobre os embriões humanos, encontram seus limites no respeito ao valor absoluto da pessoa humana.¹⁴⁸

Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

É importante sempre frisar o respeito que devemos ter com relação à dignidade humana, isso porque o avanço que a ciência vem tendo provoca situações em que, muitas vezes, esse princípio da dignidade humana é esquecido.

¹⁴⁶ ARAÚJO Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. 1980, p. 19 apud MEIRELLES, 2000. p. 161.

¹⁴⁸ SAUWEN-HRYNIEWICZ, 1997, p.48. Apud MEIRELLES, 2000, p. 161.

Neste sentido assinala Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

[...] ao mesmo tempo que o progresso humano permite a invenção da novidade, o aumento de conhecimentos e o alargamento das possibilidades de um bem-estar maior trazem o risco imponderável, da agressão a natureza e à própria espécie humana. E o grande perigo da produção de novidades sem nenhum tipo de refreamento consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais.¹⁴⁹

A ciência, na sua busca pelo aperfeiçoamento e novas descobertas, enxerga o homem como um meio, um objeto para atingir seus objetivos. Isso deve ser visto com ressalvas pois até que ponto a ciência deve sobrepor-se à pessoa humana e ao seu bem-estar?

O direito não vem acompanhando esse avanço científico, referindo-se aqui ao campo da biomedicina, onde, não obstante suas características salutares que permitem melhorar a vida do homem, não se pode perder de vista comandos éticos que devem sempre prevalecer para que seja dado o devido respeito à vida e à dignidade humana.

Em sua visão Maria Helena Diniz ressalta que:

Os bioeticistas devem ter como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.

[...] A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível[...] o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade.

Assim, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana.¹⁵⁰

É no campo de aplicação e experimentação das modernas técnicas

¹⁴⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Revista dos Tribunais, 2001. p. 247.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17-8.

genéticas que se vislumbram os maiores problemas para o indivíduo e a humanidade, relativamente à sua própria condição, aos seus direitos fundamentais e à sua dignidade.

No que diz respeito especificamente aos embriões obtidos a partir da reprodução medicamente assistida e mantidos em laboratório, ainda que não lhe reconheça caracterização mais específica como 'pessoa', não há como prescindir de sua vinculação com a natureza humana.

Sendo assim, seja pela extrema proximidade individual à pessoa humana que já existe e que se encontra apenas em fase inicial de seu desenvolvimento, seja pela necessidade de se respeitar igualmente os embriões humanos e as pessoas já nascidas, posto que essas também já foram embriões e, portanto, a eles se assemelham, fato é que o embrião tem o direito de ser tratado como pessoa.

Tais interesses devem ser identificados à luz da proteção à vida e à dignidade, e ainda tendo-se em vista o critério da similitude entre os embriões que se encontram em laboratório e os seres humanos já nascidos.

Segundo Maria Celeste Cordeiro dos SANTOS, "as considerações bioéticas que sustentam a proteção legal concedida ao embrião humano são derivadas do respeito à dignidade inerente à pessoa de qualquer membro da espécie humana"¹⁵¹

Dessa forma, é possível amparar a vida humana, evitando-se o abuso, a exploração comercial, ou qualquer experimentação não terapêutica anterior ao nascimento. Portanto, consideram-se insustentáveis em termos constitucionais os argumentos sobre a possibilidade de experimentação em embriões "excedentes", baseados na sua inarredável condenação.

Há que se observar, ainda, a respeito do destino a ser dado aos embriões denominados excedentes, que a Resolução nº 1358/92 limita em 14 dias o tempo máximo de seu desenvolvimento. Parece seguir, nesse aspecto, a orientação do conhecido Relatório Warnock que, ao limitar o tempo de desenvolvimento *in vitro*, delineou o conceito de pré-embrião, afastando-o da noção de embrião, numa tentativa de legitimar o uso daquele em experimentos

¹⁵¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos, 1998, p. 160 apud MEIRELLES, 2000, p. 184.

variados.

Reitera-se que tal diferenciação se mostra absolutamente incompatível com a proteção constitucional do direito à vida, que não admite diferenças de tratamento. Demais disso, sabendo-se que o ser que se forma não experimenta nenhuma mudança qualitativa em todo o processo vital, é incompreensível que se deva excluir de amparo os concebidos *in vitro* antes do 14º dia.

O autor Sérgio Ferraz cita em sua obra algumas vedações imperativas afim de que o avanço científico não se torne um caos, baseado nos princípios de dignidade e integridade ao ser humano:

- a) não se admite a mera investigação científica em embriões vivos; neles somente são válidas manipulações em seu benefício, para o bem de sua vida e higidez. Mesmo essa afirmação nos enche de dúvidas: teria sido Beethoven o gênio insuperável que foi se a engenharia genética tivesse sido aplicada para evitar sua surdez gradativa congênita? Aqui, enfim, não vale, se quer, invocar o benefício da humanidade (imagine-se a monstruosidade de, com tal pretexto, criar vida humana, para investigar o tratamento da AIDS ou do câncer);
- b) embriões só podem ser criados para a superação da esterilidade num casal;
- c) os gametos que sofrem de um processo de fecundação, se não forem restituídos aos doadores, por ausência de seu pedido, ou utilizados na terapia de sua esterilidade, só poderão ser destinados a fecundações heterólogas se houver explícita autorização de quem os produziu (sem ela, devem ser inutilizados, como material genético que são, antes da fecundação);
- d) os embriões que sejam gerados pelos gametos dos doadores, além de sua solicitação, desde que vivos não podem ser eliminados; Se os pais biológicos rejeitarem novos implantes, poderão ser destinados a outros casais, mediante autorização judicial: a mesma solução deve ser adotada quando, supervenientemente à fecundação extracorpórea, o casal não mais deseja levar a cabo o processo de gestação;
- e) embriões humanos não se implantam em animais; ou vice-versa (é o que se chama 'hibridação'. Nela, bem como na 'clonagem', o homem pretende assumir o papel do próprio Criador!).¹⁵²

É exatamente no campo das experimentações e aplicações das modernas técnicas genéticas que são encontrados o maior problema para o

¹⁵² FERRAZ, Sérgio. **Manipulação biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 61-62.

indivíduo com a sua própria criação, aos seus direitos fundamentais e à sua dignidade.

Com relação à fertilização *in vitro*, uma das técnicas de reprodução assistida, mais especificadamente com relação ao embrião, observa a autora Jussara Maria Leal de Meirelles:

No que diz respeito especificadamente aos embriões obtidos a partir da reprodução medicamente assistida e mantidos em laboratórios, ainda que não se lhe reconheça caracterização mais específica como 'pessoa', não há como prescindir de sua vinculação com a natureza humana.

Sendo assim, seja pela extrema proximidade individual à pessoa humana que já existe e que se encontra apenas em fase inicial de seu desenvolvimento, seja pela necessidade de se respeitar igualmente os embriões humanos e as pessoas já nascidas, posto que essas também já foram embriões e, portanto, a eles se assemelham, fato é que 'o embrião tem o direito de ser tratado como pessoa'... e, desse modo, merece respeito à dignidade.¹⁵³

Assim, a vida humana embrionária deve sempre ser respeitada mesmo que tenha se iniciado em laboratório porque a vida, bem mais precioso do homem, se inicia com a fecundação.

É preciso lembrar que os embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também, embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida.

Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional.

O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado

¹⁵³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-164.

constitucionalmente. Assim, a exploração comercial, a atribuição de preço para o tráfico de embriões, a eugenia, o uso de seres embrionários em cosmetologia, a "fabricação" de órgãos de embriões para futuros transplantes, a utilização de embriões em pesquisas de natureza diversa à proteção de sua vida e de sua saúde, e a eliminação pura e simples dos embriões "excedentes" aos projetos científicos.

O valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial.

5 O EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTATÓRIO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nosso ordenamento jurídico, baseado na concepção clássica que tende a um sistema calcado em categorias jurídicas abstratas, apresenta-se em total descompasso com as novas demandas que surgem.

Jussara Maria Leal de Meirelles atribui esta realidade ao fato de que na perspectiva tradicional, tutela-se apenas as relações expressamente previstas no direito positivo. Segue afirmando que ante as situações fáticas imprevisíveis ao legislador do século XIX, há que se admitir a insuficiência e superação do sistema existente.¹⁵⁴

Eduardo de Oliveira Leite entende que o Direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las quer para proibir ou regulamentar outras.¹⁵⁵

O autor Volnei Garrafa afirma sobre esse assunto que tratasse de estimular o desenvolvimento da ciência dentro de suas fronteiras humanas e, ao mesmo tempo, de desestimulá-la quando passa a avançar na direção de limites desumanos.

No aguardo de uma posição firme e objetiva do legislador, a maioria dos países tem recorrido às regulamentações alternativas que hoje são de quatro naturezas:

- a) os Códigos de deontologia profissional;
- b) os regulamentos que se impõem certas associações;
- c) as regras de conduta baixadas por certas instituições particulares;
- d) as orientações dos comitês de ética.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56.

¹⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O desenvolvimento da ciência e a necessidade de controle. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Biodireito ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro não existe regulamentação jurídica infraconstitucional que trate da matéria, mas apenas uma norma deontológica do Conselho Federal de medicina – Resolução nº 1.358, de 11 de setembro de 1992 (em anexo), que enumera regras éticas que devem ser observadas pelos médicos durante a realização de procedimentos que envolvam as técnicas de reprodução assistida.

Todas essas orientações, no entanto, são de natureza meramente administrativa e não têm, por isso mesmo, o poder de restringir atividades que a lei formal ainda não proíbe.

Estas regulamentações são ineficazes, são destituídas de qualquer cogência, podendo ser facilmente contornáveis e, portanto, não permitem atingir o objetivo visado.

As normas da Resolução do Conselho Federal de Medicina são destituídas de juridicidade e, pois, não abrem espaço a reais recursos perante a ordem jurídica. Desta maneira, uma reparação de danos, por exemplo, certamente, nunca ocorrerá com base numa regra de conduta prevista em código deontológico, haja vista que o seu campo de atuação fica restrito exclusivamente ao órgão emissor da norma, não tendo o aval do poder legislativo, logo, seu campo de ação já nasce limitado.

No mesmo sentido, as regras oriundas das associações, das instituições ou dos comitês de ética.

Ademais, infelizmente é cediço, que certa parte dos médicos que atuam nessa área da reprodução humana assistida não respeitam as regulamentações impostas pelo Conselho Federal de Medicina, ferindo irremediavelmente a Resolução e desta forma, as condutas éticas que deveriam ser cumpridas.

Por isso, mais ainda se evidencia e não se justifica o atraso do legislador brasileiro em enfrentar questões que abalam tão profundamente as instituições jurídicas.

Por sua vez, tramitam no Congresso Nacional três projetos de lei sobre a matéria (PL n. 3.638/93 do Deputado Luiz Moreira, PL n. 2.855/97 do Deputado Confúcio Moura, PL n.90/99 do Senador Lúcio Alcântara), que, no entanto, seguem as mesmas premissas da referida norma de ética médica, não trazendo

significativas contribuições para o tratamento jurídico da reprodução humana assistida.

Essa resistência (revelada sob o contundente véu da omissão) oposta pelo legislador talvez encontre explicação no fato de que, ao se omitir, estará atendendo tanto à Igreja, que é frontalmente contrária ao uso das técnicas, quanto à Medicina, que poderá continuar avançando, sem restrições.¹⁵⁶

É preciso lembrar, portanto, que a lei brasileira não proíbe expressa e diretamente nenhum dos tipos de métodos até hoje usados para a procriação humana assistida, e nem suas variações. O que existem são atos administrativos que, muito embora apresentem certa eficácia no plano dos princípios gerais, têm por objetivo delimitar tão-somente a atuação dos profissionais da área médica. De maneira que persiste ainda uma lacuna e, na ausência de disposições legais específicas sobre a matéria, deve-se recorrer a outras mais genéricas, como por exemplo alguns princípios constitucionais, para solucionar as questões oriundas da aplicação das técnicas de procriação artificial.

Segundo Ferraz, a matéria somente pode ser tratada juridicamente à luz dos compromissos jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles fixados em nossa Constituição. A propósito afirma o autor que:

Enquanto ainda não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética (no qual insere-se a reprodução assistida) tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais – única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.¹⁵⁷

Nesse sentido afirma Gustavo Pereira Leite Ribeiro:

As normas constitucionais não devem ser consideradas somente meros limites ao legislador ordinário e ao intérprete, mas verdadeira norma jurídica de comportamento incindível direta ou indiretamente sobre o conteúdo de qualquer situação jurídica. Ressalte-se que os princípios constitucionais também são normas jurídicas, não havendo que se negar a sua força vinculante. Na verdade, parece-nos que os princípios encerram verdadeiras cláusulas gerais constitucionais, que se aplicam direta ou indiretamente aos casos concretos, não constituindo apenas

¹⁵⁶ MEIRELLES, 2000, p. 61 apud SCARPARO, 1991. p. 48.

¹⁵⁷ SÁ, 2002, p. 294 apud FERRAZ, 1991. p. 15.

normas de intenção ou programáticas.¹⁵⁸

Por sua vez, nossa atual Constituição inaugura uma nova ordem jurídica comprometida com a dignidade e com o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Tal compromisso é assinalado em seu artigo 1º, constituindo um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o autor supra citado continua assegurando que justamente pelo caráter fundante da Constituição Federal, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe a todas as regras e princípios infraconstitucionais e constitucionais, constituindo verdadeiro ápice axiológico de nosso sistema jurídico.¹⁵⁹

Assim, a solução jurídica de qualquer caso concreto deve ser funcionalizada pelo respeito e promoção incondicional do bem-estar e dignidade da pessoa humana, evidenciando a prioridade absoluta atribuída ao ser humano pelo nosso ordenamento jurídico.

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana proclama pelo respeito incondicionado do ser humano em todas as suas vertentes, bem como pela garantia plena da possibilidade de concretização de suas potencialidades, uma vez reconhecido o embrião pré-implantatário como portador de vida humana, como afirmam os adeptos da Teoria Concepcionista.

Todavia, há quem entenda o contrário, como os adeptos da Teoria Nidacionista, ou seja, que tais embriões não são passíveis de tutela, nem ao menos dos princípios constitucionais, pois não há que se falar em vida humana, tendo em vista não ter ocorrido a nidação, que é a implantação do ovo no útero.

Destarte, na esfera cível, o Código Civil vigente aprovado recentemente, não destina tratamento especial à questão, mesmo sendo uma realidade inegável.

De acordo com o disposto no texto codificado, após diversas emendas, o artigo 2º apresenta-se com a seguinte redação:

¹⁵⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Estatuto jurídico para a reprodução assistida In: SÁ, Maria de Fátima freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 294.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Estatuto jurídico para a reprodução assistida in: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 294.

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.¹⁶⁰

A expressão *do homem* foi substituída pela expressão *da pessoa*, após intenso debate.

O novo texto codificado mantém a distinção entre a pessoa nascida, pessoa concebida e pessoa não concebida: o art. 1.798 legitima a suceder as pessoas existentes ou já concebidas no momento da abertura da sucessão; e o art. 1.799, inciso I, dispõe a respeito da possibilidade de serem chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sob a condição de estarem vivas essas ao abrir-se a sucessão.

Demonstrado, assim, que são inconfundíveis as noções referentes ao nascituro (pessoa concebida) e à prole eventual (pessoa não concebida), a leitura do artigo 2º pode demonstrar que a proteção legal da pessoa humana atinge somente o nascituro (pessoa concebida), deixando à margem o embrião *in vitro*.

Poder-se-ia argumentar afirmando-se que o artigo 2º dispõe que a lei põe a salvo, *desde a concepção*, os direitos do nascituro. Logo, os embriões de laboratório também estariam protegidos.

Ocorre que não é possível estabelecer-se, desde logo, uma sinonímia perfeita entre o nascituro e embrião de laboratório. Tradicionalmente, a doutrina afirma que o conceito de nascituro só existe quando há gravidez, ou seja, após a denominada nidação, que é a implantação do novo ser no útero. Por isso, no que diz respeito ao denominado embrião pré-implantatório, aponta a necessidade de legislação que o proteja expressamente.

No entanto, é inegável a similitude originária de todos os seres humanos nascidos: é possível afirmar que todos os seres humanos que já nasceram foram embriões, no início de seu desenvolvimento.

Ante a carência de previsões legais acerca da natureza jurídica do conceito (pré-implantatório), voltou à pauta o discutido Estatuto do Embrião e

¹⁶⁰ CÓDIGO civil confrontado. São Paulo: Método, 2002.

pressupõe basicamente que: a personalidade começa a partir da concepção; os direitos do nascituro não são taxativos, sendo-lhes reconhecidos todos os compatíveis com sua característica de pessoa por nascer; os direitos patrimoniais materiais como a doação e herança, ficam resolutivamente condicionadas ao nascimento sem vida.¹⁶¹

O Estatuto revela-se verdadeiramente concepcionista, ao contrário do Código Civil vigente que, mostrou-se mais uma vez omissivo sobre o assunto e, desta forma, trata o conceito como um ser até então inexistente.

O Código Civil em vigência fez alguns esclarecimentos quanto aos direitos do nascituro e da prole eventual, no entanto, para que sejam titulares desses direitos, necessário se faz que nasçam com vida.

Em relação ao embrião excedente, a única previsão expressa existente no Código Civil vigente é o artigo 1.597, inciso IV, que estabelece:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;¹⁶²

Assim, de acordo com o estabelecido no referido artigo há a presunção de paternidade, ainda que relativa, em relação aos embriões excedentes concebidos na constância do casamento. Entretanto, essa presunção só é aplicável se decorrida da fertilização *in vitro* homóloga, ou seja, se o gameta utilizado pertencer ao próprio cônjuge.

Em relação à esfera penal, é de se ressaltar que o único dispositivo que existiu, no Brasil, à respeito da procriação artificial com caráter de lei formal, trata-se do art. 267 do Código Penal brasileiro de 1969 que previa pena de dois anos de detenção à mulher que se submetesse à inseminação artificial heteróloga sem o consentimento do marido. No entanto, aquele diploma legal foi revogado antes mesmo de entrar em vigor, pela lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

¹⁶¹ ALMEIDA, Silmara J. A . Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169.

¹⁶² CÓDIGO civil confrontado. São Paulo: Método, 2002.

A lei penal brasileira não define o crime de aborto, apenas o pune. A doutrina foi quem elaborou seu conceito, entendendo que há aborto onde ocorre interrupção da gravidez com a morte do concepto.

Segundo Damásio de Jesus:

A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquela em que se inicia o processo de parto[...] Embora se fale comumente que o sujeito passivo do crime de aborto é o feto, o Código não distingue entre o óvulo fecundado, embrião ou feto.¹⁶³

Julio Fabbrini Mirabete define o aborto da seguinte forma:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão.¹⁶⁴

Com base nesta definição doutrinária, há quem afirme inexistir o crime de aborto no caso de eliminação de embrião concebido *in vitro*, posto que não há gravidez fora do organismo vivo.

Com efeito, a gravidez, período no qual a mulher conserva dentro de si e alimenta o produto da concepção, é processo que só ocorre em organismo vivo, não podendo ser reconhecida em tubo de ensaio. Assim sendo, a destruição voluntária do concepto *in vitro* não configuraria o delito em questão por ausência de tipicidade.¹⁶⁵

Para Magalhães Noronha gravidez “é o estado em que a mulher se encontra durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do produto da concepção” e, sob o aspecto jurídico, o penalista observa que a gravidez vai desde a fecundação até o início do parto.¹⁶⁶

¹⁶³ JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 425.

¹⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990-1994. 2 v. p. 76.

¹⁶⁵ LEITE, 1995. p.388.

¹⁶⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo; Saraiva, 1998. 2 v. p. 53.

Para se caracterizar o crime de aborto, de acordo com esta definição, seria necessário a interrupção da vida existente no útero materno, afastando-se, dessa forma, a fecundação extracorpórea como figura delituosa do fato típico.

Entretanto, na visão de Gonçalves, citado por Eduardo de Oliveira Leite “no tocante à objetividade jurídica do crime de aborto, não se pode recusar, contudo, que o conceito seja [...] pelo menos uma *spes personae*”.¹⁶⁷

Embora alguns penalistas, como Heleno Fragoso, adeptos da Teoria Nidacionista, entendam que o aborto só ocorre com o início legal da gestação, ou seja, após a nidação do ovo, já que o aborto é a interrupção da gravidez desde a implantação do ovo no útero até o início do parto, a doutrina penalista dominante é no sentido de que o conceito, *spes personae* já pode ser objeto do crime de aborto. Neste sentido, o consagrado penalista Nelson Hungria diz que quem pratica um aborto opera contra um homem na ante sala da vida. O conceito é uma pessoa virtual, um cidadão em germe.¹⁶⁸

De acordo com a autora Heloisa Helena Barbosa, ainda que não se reconheça o crime de aborto na hipótese de descarte dos embriões *in vitro*, não se pode negar que há destruição de vida humana, ainda que em etapa inicial de desenvolvimento, colidindo frontalmente com a proteção do direito a vida. Nas palavras da autora:

A vida humana é um fenômeno único. Não admite gradações: existe ou não. Seria absurdo garantir-se o direito à vida apenas em determinadas fases. Ainda que não se vislumbre na hipótese aborto, parece-nos não se possa negar implique a técnica da fertilização *in vitro*, no momento, em destruição da vida humana, a exigir sanção adequada.¹⁶⁹

Desta forma, a maioria dos penalistas nega a teoria genético desenvolvimentista, pois para esta teoria inexistente crime de aborto na fertilização *in vitro*, quer porque o embrião é retirado antes da nidação (portanto em fase anterior à gravidez, na ótica de seus defensores), quer porque a gravidez só existe em organismo vivo, não se podendo atribuir tal estado fora dele.

¹⁶⁷ LEITE, 1998. p. 388.

¹⁶⁸ LEITE, op. cit., p. 388.

¹⁶⁹ BARBOSA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, s.d., p. 78.

Os penalistas encaram a vida como um fenômeno único, sem gradações, nem fases. Sendo assim, a destruição de um embrião, quer no útero materno, quer fora dele, importa em destruição de uma vida humana, exatamente porque é vida, passível de sanção.

Mirabete, ao se referir à objetividade jurídica do aborto, se expressa da seguinte maneira:

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida.¹⁷⁰

Desta forma, afirma que a tutela penal recai sobre a vida humana desde a concepção, desvinculando a caracterização do crime à ocorrência de gravidez.

Ao se referir ao tipo objetivo do crime de aborto, reafirma o referido autor que “o objeto material do delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto). Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção”.¹⁷¹ E finaliza dizendo: “A morte do produto da concepção pode ocorrer no útero ou fora dele”.¹⁷²

Desse modo, o doutrinador Eduardo de Oliveira Leite entende que “a destruição de um embrião excedente (fora do útero) também configura crime de aborto”¹⁷³ citando e defendendo a posição de Nilo Gonçalves: “é incontestável, portanto, que a ocasião dolosa do conceito, ainda que *in vitro* representa um ato contra a vida, bem máximo tutelado pelo nosso Código Penal.”¹⁷⁴

Portanto, pode-se afirmar que a grande parte dos penalistas são adeptos da Teoria Concepcionista, pois para essa teoria o crime de aborto se configuraria em qualquer fase do desenvolvimento da gravidez, desde a fecundação (e não a

¹⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990-1994. 2 v. p. 76-77.

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 77.

¹⁷² *Ibidem*. p. 78.

¹⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 390.

¹⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 390.

partir da nidação do ovo) até o parto. Igualmente ocorreria crime de aborto na destruição dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

O autor Eduardo de Oliveira Leite expõe sua posição dizendo:

É notório que a supressão do conceito, ainda que *in vitro* representa um ato contra a vida passível de punibilidade. Como não se encontra previsto no Código Penal é fundamental a revisão do conceito médico-legal clássico do aborto. Sem a adaptação da lei às novas situações geradas pela procriação assistida, o atentado contra a vida do conceito *in vitro* permanecerá a descoberto da lei penal por força do princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal.¹⁷⁵

Neste sentido Maria Helena Diniz relata:

Há juristas que atacam sua manipulação genética ou descarte, porque, enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade, nem aborto. Outros, como nós, não aceitamos isso, pois cada embrião é um ser humano, sendo sua eliminação *embrinocídio eugênico*, uma vez que a lei assegura os seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, pouco importando que se tenha dado *in vitro*[...]se o direito defende a vida propugnando seu respeito, deverá protegê-la no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero.¹⁷⁶

É impossível, na atualidade, fugir dessa temática tão polêmica envolvendo valores inerentes à formação de cada pessoa. Em razão disto, o avanço da ciência deve ter um controle legal para não resultar em coisificação do homem, ou até para não levar à auto destruição da humanidade.

O que se pretende, não é combater o progresso da ciência, mas por outro lado, não se pode esquecer o valor que está em jogo: a vida humana. Assim, é necessário que o direito se volte a regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, principalmente no que tange à FIV e embriões congelados, restringindo-a na medida do possível.

Ocorre que, há polêmica em relação à criação de uma legislação

¹⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 387.

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva. 2001 p. 479-420.

específica sobre a reprodução humana assistida ou se deve apenas criar uma legislação baseada em princípios gerais, devido ao dinamismo da ciência.

Eduardo de Oliveira Leite defende a criação de novas leis sobre a matéria, tendo em vista que o Direito implica em valores, afirmando que por isso a lei é sempre invocada, não só porque as leis servem como meios em face das finalidades que são os valores, mas porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta para todos.¹⁷⁷

A professora Jussara Meirelles afirma que para assegurar a proteção jurídica, assegurando aos embriões o direito à vida e o respeito à dignidade, não há necessidade de fixar normas especiais sobre cada hipótese a ser solucionada. Segundo a autora, a normatização casuística implicaria fatalmente o breve distanciamento com a realidade, ante a rápida evolução das técnicas biocientíficas.¹⁷⁸

O autor Joaquim Toledo Lorentz afirma que é impossível a previsão legal de todas as situações fáticas, visando o alcance da tão sonhada “segurança jurídica”, devido ao grande desenvolvimento científico nos mais diversos campos, em especial da biotecnologia, mais especificamente na área da procriação artificial.¹⁷⁹

Paula Martinho da Silva leciona neste sentido:

Não exageramos, no entanto, quando afirmamos que nos encontramos face a um vazio jurídico que pode induzir ao pânico por não saber que regras aplicar à procriação artificial. Se é certo que poucas normas se encontram elaboradas concretamente a pensar naquela realidade, o nosso ordenamento jurídico contém certos princípios gerais, tanto em sede de direitos humanos como em normas de direito penal e civil que poderão dar, pelo menos, uma primeira orientação nesta matéria. Convém ao jurista não adotar face a esta situação uma atitude estática, deixando à jurisprudência, aos usos e costumes, o papel de estabelecer as suas próprias regras, correndo assim o risco da não obtenção de uma

¹⁷⁷ SÁ, 2002. p. 355 apud LEITE, 1995. prefácio.

¹⁷⁸ SÁ, 2002. p. 355 apud MEIRELLES, 2000. p. 23.

¹⁷⁹ LORENTZ, Joaquim Toledo. Tutela jurídica Tradicional In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 341.

orientação comum e a conseqüente disparidade de critérios, mesmo dentro do próprio país.

O que parece ser, para nós, a solução mais viável, constituirá na adaptação de alguns princípios, constantes da nossa lei em matéria de filiação, contratos, sucessões, etc., perfeitamente enquadráveis e suscetíveis de serem adaptados por analogia às novas situações. Para isso, dever-se-ia, agora sim, elaborar uma legislação própria que prevesse e limitasse o campo da procriação artificial.¹⁸⁰

De uma forma ou de outra devem prevalecer sempre a vida, a integridade física, psíquica e a dignidade humana. O legislador não pode ficar inerte frente à realidade que se impõe, deve, pois regulá-la, com rigor, ante a impossibilidade de evitá-la.

¹⁸⁰ SILVA, Paula Martinho da. **A procriação artificial: aspectos jurídicos.** São Paulo: Moraes Editores. 1986. p. 110.

6 O DIREITO À VIDA E A DESTINAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

A partir do momento em que se concebeu a vida como valor, passou-se, costumeiramente, a respeitá-la, guardadas as nuances a ela atribuídas pela sociedade, de acordo com características culturais de cada povo.

Assim, independentemente de crenças religiosas ou convicções filosóficas ou políticas, a vida é um valor ético. Na convivência necessária com outros seres humanos cada pessoa é condicionada por esse valor e pelo dever de respeitá-lo, tenha ou não consciência do mesmo.¹⁸¹

Mas, foi somente através dos séculos que o direito à vida passou a ser reconhecido e protegido como valor jurídico. Antes, o que existia era a origem humana e social deste direito. É que não havia qualquer formalização para garantia do direito à vida, e sua proteção era feita de forma reflexa, no sentido de que, quem a desrespeitasse, atentando contra ela, era punido.

O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais, quanto mais insuficiente for o titular desse direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal podem superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a história tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta, perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente.¹⁸²

Nenhum ordenamento jurídico é justo, sem respeito a esse direito. Nenhum povo permanece no tempo, quando o desrespeita. E a decadência das civilizações, normalmente, coincide com o desrespeito da injusta ordem legal a tal direito.

Assim, todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa. "Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade,

¹⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231-241.

¹⁸² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Minas Gerais, 1999. p. 102-103.

identidade e continuidade substanciais.”¹⁸³

A Constituição Brasileira alterou, pois, a disposição do direito anterior, que apenas protegia “direitos concernentes à vida”, mas não o próprio “direito à vida”, como a atual, garantido-o desde a concepção.

É de se lembrar que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, § 2º, diz que, em matéria de direitos fundamentais, o Brasil deve considerar cláusulas pétreas os tratados que sobre esta matéria assinou, estando assim redigido: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ora, o Brasil foi signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que em seu artigo 4º (p. 438), Seção I, declara que:

“Artigo 4º- Direito à Vida

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. *Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.* Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente,” pelo qual deverá o Estado garantir a vida do ser humano, desde a sua concepção.¹⁸⁴

Esse preceito integrou-se na ordem constitucional brasileira, por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República conforme já citado acima.

Em relação ao alcance da expressão *em geral*, observa Hélio Bicudo e com inexcusável clareza:

Que quer isto dizer? Estar-se-ia considerando o aborto, sem criminalizá-lo, em outro momento do processo vital? É evidente que não. A Convenção Americana de 1969 quis afirmar, simplesmente, que o direito à vida deve ser protegido ordinariamente, comumente (em geral), a partir do momento da concepção. Não há aqui, portanto, qualquer consideração ao início da vida a partir de outro momento que não seja o

¹⁸³ SCARPARO, 1991. p.15 apud MEIRELLES, 1998. p. 254.

¹⁸⁴ PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 437-438.

determinado pela concepção".¹⁸⁵

A internacionalização constitui hoje elemento caracterizador da vigente ordem jurídico-constitucional quanto às denominadas fontes de direito. A constitucionalização de todos os direitos fundamentais não explícitos nos setenta e sete incisos do artigo 5º da Constituição da República, mas contidos nos tratados internacionais, decorre da vontade constituinte. Dessa forma, considerar-se a vida desde a concepção é hoje preceito integrante do direito constitucional brasileiro. Pois foram observados os requisitos constitucionalmente exigidos a essa recepção.¹⁸⁶

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, garante vários direitos fundamentais, sendo que o primeiro deles é o direito a vida, dispondo que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade; do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade[...]"¹⁸⁷

Esse dispositivo é interpretado no sentido de que o direito à vida é garantia fundamental inserida na Carta Magna.

O texto atual não oferta equívocos. O próprio 'direito à vida' é que está assegurado, de tal maneira que os chamados abortos legais deixaram de ser legais por serem 'inconstitucionais', visto que implicam 'pena de morte' para um ser humano, e o direito à vida de todos os seres humanos está garantido pela Constituição.¹⁸⁸

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Nas palavras de Eugenio Carlos Callioli:

¹⁸⁵ BICUDO, Hélio Pereira, **Direitos humanos e sua proteção**, São Paulo: Renovar, 2000. p. 62.

¹⁸⁶ Acórdão no H.C.323.998/6 – São Paulo, TACRIM-SP apud SILVA, 1999. p.73.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 21 ed. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva 1.999.

¹⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pena de morte para o nascituro, **O Estado de São Paulo**, São Paulo: 19 set. 1997, pág. 42.

Qualquer vida humana está dotada de um valor intrínseco; isto quer dizer que todo homem é sujeito de direitos, independente de seu nível de desenvolvimento[...] O direito à vida é um direito fundamental.¹⁸⁹

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 como o primeiro desses direitos.

A Constituição Federal assegura, portanto, o *direito à vida*, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo, ou seja, de dar continuidade após a concepção e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais, quanto mais insuficiente for o titular desse direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal podem superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a história tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta, perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente.¹⁹⁰

Do mesmo modo, afirma o Professor José Luiz Quadros de Magalhães, que:

[...] o direito à vida vai além da simples existência física, Acreditamos que no direito à vida se expressa a síntese dos grupos de direitos que formam os Direitos Humanos. Todos os direitos existem em função deste, sendo que o exercício dos direitos individuais, o oferecimento dos direitos sociais, a política econômica e os institutos de Direito Econômico, e a própria democracia, existem no sentido de oferecimento de dignidade à vida da pessoa humana. O direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é a vida com

¹⁸⁹ CALLIOLI, Eugenio Carlos. Aspectos da fecundação artificial "*in vitro*". **Revista de direito civil** nº 44. s. d, p. 73

¹⁹⁰ PENTEADO, Jacques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Org). **A vida dos direitos humanos: Bioética Médica e Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 137.

dignidade, e não apenas a sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito síntese dos grupos de direitos individuais, sociais, econômicos e políticos, sendo, portanto a própria razão de ser dos Direitos Humanos”.¹⁹¹

O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluzia no prólogo do livro *Derecho a la vida e institucion familiar*, de Gabriel Del Estal, Madrid, Eapsa, 1979, em lição lapidar, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.

Nilson do Amaral SANT'ANNA afirma que, sob o ponto de vista médico-legal, a vida tem início com a fecundação:

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, de o ovo implantar-se no útero. A nidação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.¹⁹²

A vida humana começa no momento mesmo da concepção, que se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, como afirmam os adeptos da teoria concepcionista. O Direito Positivo Brasileiro, em consonância com as Declarações Internacionais de Direito, protege integralmente a vida e considera crime a prática de aborto.

Todavia, podemos dizer que a ciência nos informa onde e quando se

¹⁹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 189.

¹⁹² BARBOZA, 1993. p. 77 apud MORAES, 1997. p. 86-87.

inicia o ciclo de uma nova vida. É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, é o estágio em que começa o ciclo de uma nova vida humana.

Assim, o novo ser formado com o padrão cromossômico humano é um ser vivo.

O Estado Brasileiro não garante apenas a *vida digna*, mas *qualquer vida humana*. Ainda que imperfeita, ainda que submetida a limitações, a vida de qualquer criatura humana está protegida pela ordem fundante. Vida sem qualificativos.

E a vida perante a atual Constituição do Brasil, seja biológica, seja oral ou juridicamente, começa *desde a concepção*.

Essa realidade fora do objeto de constatação da lucidez da Clóvis Bevilacqua, além de defender, introduziu no seu Projeto de Código Civil Brasileiro elaborado em 1899, “*declarando, no artigo 3º, que a personalidade começa desde a concepção, sob a condição de nascer com vida.*”¹⁹³

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano. Conclui José Afonso da Silva por asseverar que o aborto “parece inadmissível pela Constituição. Pois, no feto já existe uma vida humana que ela assegura. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar uma gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que se não evitou.”¹⁹⁴

Os estudos de Ciências Biomédicas, Bioética e Direito estão cada vez mais amplos, em decorrência dos avanços da tecnologia, da medicina e das investigações que surgem na ciência contemporânea. Estas pesquisas importam no conhecimento e no exame dos resultados das investigações e suas aplicações no ser humano.

¹⁹³ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**, 2 ed., 1929. § 6º, p. 85, apud LOPES, Manuel Maria de Serpa, “**Curso de direito civil**”, 8 ed., Freitas Batos, Rio: 1996. p. 288.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 428.

As modernas técnicas de reprodução assistida, o direito à procriação, as limitações a reprodução humana, a concepção *in vitro* e a manipulação genética tem levado as investigações da proteção de bens jurídicos que merecem tutela.

Contudo, mesmo diante da ausência de lei específica deve-se proteger os embriões mantidos em laboratórios sempre, haja vista possuírem vida, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal e Declarações Internacionais de Direito.

É na fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozóides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.

Na conformidade de recomendação do Conselho da Europa:

Desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável.

Aceitar o fato de que, após a fecundação, um novo indivíduo começou a existir, já não é questão de gosto ou de opinião, expende o geneticista francês JÉROME LEJEUNE.¹⁹⁵

No Congresso sobre Biologia e Ética, realizado em fins de março de 1990, em Roma, um grupo de cientistas especialistas em embriologia humana apresentou uma declaração na qual afirma que “até o décimo quarto dia após a fecundação, o embrião não tem vida pessoal e não pode ser considerado uma pessoa”.¹⁹⁶

Entre os autores da declaração estão a pesquisadora italiana RITA LEVI MONTALCINI, Prêmio Nobel de Medicina, e outros 60 biólogos, médicos, juristas e filósofos.

O congresso foi organizado para fornecer ao governo e aos legisladores italianos as indicações necessárias para a definição das normas nacionais sobre

¹⁹⁵ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 132.

¹⁹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Del Rey, São Paulo: 2001. p. 267.

experimentos com embriões humanos. Este esforço é partilhado pelas demais nações da Comunidade Económica Europeia, para evitar que um país seja especialmente privilegiado como palco de investigações científicas sobre embriões.

A declaração sobre a natureza do embrião, contudo, não foi unânime. Alguns participantes do congresso consideram que o embrião é uma pessoa desde a sua concepção, independentemente das mudanças biológicas da fase inicial.

Maria Dolores Vila-Coro afirma que:

Se biologicamente a fusão genética das células germinativas masculina e feminina constitui a primeira célula do novo ser que se forma, a proteção jurídica deve alcançar a fecundação extra-uterina assim como se a fusão tivesse ocorrido no ventre materno.¹⁹⁷

Para determinar o que é conceito, passível de proteção jurídica, há duas teorias que se defrontam, qual sejam, a teoria genético desenvolvimentista e a teoria concepcionista.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

Pela teoria genético desenvolvimentista o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. Até a fase de embrião, que para os pesquisadores ingleses estende-se do 1º ao 14º dia (duas semanas) de gestação, admite-se o uso de embriões humanos para pesquisas, desde que com o consentimento dos pais e com garantia de que tais embriões serão destruídos[...]

A teoria concepcionista - que certamente influencia bastante o mundo jurídico - admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta (óbvios atributos de

¹⁹⁷ BARBOSA, 2001. p.83 apud MEIRELLES, 2000. p. 56.

tamanho e de função).¹⁹⁸

Uma coisa é indiscutível: 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.¹⁹⁹

Em contrapartida, é evidente que inexistente um direito de propriedade do embrião, eis que já é vida humana. Assim, o casal doador não pode decidir sobre sua eliminação, nem mesmo dos sobranes à implantação uterina. Os embriões a tal sobejantes devem ser mantidos congelados, para posteriores implantações, não cabendo experimentos científicos, comercialização ou utilizações estranhas ao casal responsável por sua formação, pois estes têm direito à vida.

6.1 A Crioconservação do Embrião Congelado

Desde que Carl Wood e sua equipe de pesquisa australiana demonstraram em 1984, que embriões humanos gerados no laboratório podiam permanecer, durante certo tempo, congelados e continuar seu desenvolvimento normal no útero, clínicas especializadas em reprodução assistida do mundo todo têm investido nessa técnica.²⁰⁰

Vimos que, para evitar uma destruição em série desses embriões excedentes, estes podem ser congelados a uma temperatura de cento e noventa e seis graus Celsius negativos, com a finalidade de futuras utilizações pelo casal, ou para possibilitar pesquisas sobre o seu desenvolvimento.

Porém, a técnica de congelamento reúne duas ordens de problemas, segundo a autora Jussara Maria Leal de Meirelles:

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 1995. p. 384-385.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, Malheiros Editores, 16ª edição, São Paulo: 1999. p. 202-203.

²⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. O desenvolvimento da ciência e a necessidade de controle In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Biodireito ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107.

O primeiro diz respeito ao risco a que está sujeito o próprio embrião, não pela criopreservação em si, mas pela manipulação térmica a que se é submetido. O segundo, de fundo ético-moral, 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 destruição.²⁰¹

Oportuno ressaltar que cerca de 75% dos embriões sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento. Além disso, o médico que realiza a fertilização para o crescimento embrionário colocando-o em nitrogênio líquido, podendo o embrião ser mantido nessa condição por vários anos até o momento de ser utilizado, porém, quanto mais tempo passa entre o congelamento e o descongelamento, maior é o perigo que se produza um aborto ou um feto malformado, por isso a lei inglesa (como a da maioria dos países que já legislaram sobre o assunto) determina que não se utilizem embriões com mais de três anos de congelamento. Deduz-se, portanto, que eles devem ser destruídos, mesmo contra a vontade dos pais.

Porém, a técnica da criopreservação (congelamento), usada desde 1985, não apresentou até hoje qualquer motivo aceitável para a eliminação dos embriões mais antigos, ou maduros. Estatisticamente, não há diferenças significativas entre os resultados de implantação de embriões recém fertilizados e daqueles estocados há vários anos; de modo igual, o número de nascimentos de crianças com defeitos físicos não apresenta nenhuma alteração quando se analisa os implantes estocados por longos períodos.²⁰²

A criopreservação dos embriões é uma técnica permitida no Brasil, apesar de não existir nenhuma normatização a respeito em nosso ordenamento jurídico, a Resolução nº1.358/92 do Conselho Federal de Medicina regulamenta a técnica de congelamento no item V-1, sendo necessário o consentimento da paciente e pagamento de uma taxa para manipulação dos embriões congelados cobrada

²⁰¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22-23.

²⁰² MESTIERI, João. Embriões. **Revista Consulex**. Ano 3, n. 32. ago. 1.999. p. 44.

pelas clínicas.

Todavia, esta mesma Resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece que a criopreservação de embriões é permitida somente quando destinada à procriação.

Importante salientar que os pacientes deverão autorizar o congelamento dos embriões, bem como se manifestarem a respeito do destino a ser dado aos embriões na hipótese de não serem utilizados.

Sobre o congelamento de embriões, é necessário transcrever artigo do prof. José Roberto Goldim, que explica com bastante discernimento a questão:

O congelamento de embriões, em suas fases iniciais de desenvolvimento, foi proposto com o objetivo de permitir que os que não fossem utilizados em um procedimento pudessem ser armazenados e implantados posteriormente. A finalidade seria a de reduzir os desconfortos e riscos, especialmente para a mulher, caso houvesse a necessidade de realizar novos procedimentos.

Os problemas que surgiram foram os relativos ao tempo máximo de armazenamento, preservando-se a qualidade dos embriões, e o estabelecimento do destino a ser dado aos embriões não utilizados.

O prazo para armazenamento de embriões tem sido estipulado em cinco anos, a partir do Relatório Warnock. Este prazo foi estabelecido arbitrariamente, sem que tenham sido elaborados estudos sobre a viabilidade por períodos mais longos. Dois procedimentos realizados nos EEUU utilizaram 'embriões com 7 (sete) e 8 (oito) anos' de congelamento, respectivamente, sem que tenham sido evidenciados problemas no desenvolvimento dos bebês que foram gerados e nasceram normalmente.

Inúmeras legislações nacionais, Inglaterra e Espanha, por exemplo, fixaram este prazo como tempo máximo de armazenamento. Isto gerou inúmeros problemas sociais quando os primeiros prazos venceram, em agosto de 1996, na Inglaterra. Houve um debate mundial sobre a obrigatoriedade de que todos os embriões ingleses congelados fossem destruídos, o que efetivamente foi feito.

Na Espanha, em novembro de 1997, estimam que já existam mais de 1.000 (mil) embriões que devam ser igualmente destruídos.

A destruição destes embriões é apenas uma das alternativas. A sua utilização em projetos de pesquisa e sua utilização em procedimentos com casais estéreis (doação de embrião) são outras alternativas. O importante é discutir o 'status' destes embriões. São considerados como sendo já uma pessoa, ou são apenas potencialmente uma pessoa, ou então apenas um agregado de células. Esta é a reflexão ética que deve ser realizada. Com base nesta definição, de quando 'começa a vida do indivíduo', é que devem ser estabelecidas as políticas institucionais de permitir ou não o congelamento de embriões. É de extrema importância, em função das altas taxas de abandono de embriões, que os critérios de destinação dos mesmos fiquem claramente estabelecidos previamente à

realização dos procedimentos.²⁰³

Em 2001, foram destruídos milhares de embriões na Inglaterra em obediência a uma lei que limita o tempo de estocagem de embriões humanos a cinco anos.

Houve manifestações contrárias a essa prática por parte da igreja e dos especialistas em bioética, porém não conseguiram sensibilizar as autoridades.

A visão da igreja é que a eliminação desses embriões equivale a destruição da vida humana, já que consideram que a vida humana é sagrada desde a concepção, ou seja, com a fertilização do óvulo pelo espermatozóide. Através da encíclica *Evangelium Vitae*, de João Paulo II, a igreja se posiciona no sentido de o embrião é uma genuína manifestação de vida humana, sendo digno, portanto, de respeito e preservação.

João Mestieri observa o seguinte:

A lastimável experiência britânica de determinar o aniquilamento de embriões chegados aos cinco anos, além de provocar reações negativas nos campos da religião e da moral, de igual modo perturbou muito os cientistas...É que não havia qualquer razão científica válida para o limite imposto, de cinco anos. A técnica da criopreservação (congelamento), usada desde 1985, não apresentou até hoje qualquer motivo aceitável para a eliminação dos embriões mais antigos, ou maduros. Estatisticamente, não há diferenças significativas entre os resultados de implantação de embriões recém fertilizados e daqueles estocados há vários anos; de modo igual, o número de nascimentos de crianças com defeitos físicos não apresenta nenhuma alteração quando se analisa os implantes de embriões estocados por longos períodos.²⁰⁴

Além do mais, tendo o embrião vida humana, como congela-lo? Quais as conseqüências físicas e psíquicas que poderiam surgir em razão do congelamento? De quem seria a responsabilidade de cuidar desses embriões congelados? A clínica seria o guardião deles e os pais teriam a guarda dos mesmos? Quando utilizá-lo? A lei poderia forçar alguém a ser pai ou mãe? O que aconteceria no caso de divórcio ou morte dos “pais”? Essas e outras questões merecem a reflexão do jurista, pois são problemas recentes que urgem soluções.

²⁰³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 102.

FIGURA 7 - CONGELAMENTO



Fonte: http://www.abdelmassih.com.br/tratamento/t_pfertilizacao.html. Acesso: em 19 jun de 2003.

6.2 A Destruição do Embrião Congelado

Outra solução polêmica quanto ao destino dos embriões excedentes é com relação ao descarte dos embriões.

Os autores Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. relatam alguns dos motivos que determinam o descarte dos embriões:

quando o casal não permite o congelamento, não se realiza a transferência a fresco de todos eles e, ainda, algumas vezes em virtude de má-formação ou grave anomalia genética.²⁰⁵

O autor Arnaldo Rizzardo também se manifesta sobre o assunto:

²⁰⁴ MESTIERI, João. Embriões. **Revista Consulex**. Brasília, ano 3. n. 32. ago. 1999. p. 44.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000. p. 75.

É certo que esses embriões não vão cumprir o propósito para o qual foram preservados. A destruição, no entanto, é tão imoral e proibida quanto é o aborto. A razão está em que a vida humana começa com a fecundação.²⁰⁶

O autor Sérgio Ferraz conclui:

[...] é evidente que inexistente um direito de propriedade do embrião, eis que este já é vida humana. Assim, o casal doador não pode decidir sobre sua eliminação, nem mesmo dos sobranes à implantação uterina. Os embriões a tal sobejantes devem ser mantidos congelados, para posteriores implantações, não cabendo experimentos científicos, comercialização ou utilização estranhas ao casal responsável por sua formação.²⁰⁷

Como é cediço, não há legislação a respeito do tema em nosso ordenamento jurídico, sendo somente regulado pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, em seu Inciso V, item 2, que proíbe expressamente a destruição ou o descarte dos embriões, permitindo apenas a criopreservação:

V- Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões

2 – O número total de pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.²⁰⁸

A legislação a respeito das técnicas de reprodução humana assistida é tão lacunosa, que nem a Constituição Federal, nem as leis ordinárias tratam do assunto.

O descarte dos embriões excedentes é um assunto extremamente polêmico, e por esta razão causa divergências de opiniões e conflitos no campo ético, religioso e jurídico.

Esta é uma questão delicada que envolve a definição sobre o momento em que se inicia a vida humana, tema que foi abordado em capítulo anterior.

6.3 A Utilização do Embrião em Pesquisa Científica

²⁰⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1, p. 255.

²⁰⁷ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 53

Com relação à possibilidade de utilização do embrião humano para o desenvolvimento de pesquisa científica, Jussara Maria Leal de Meirelles assinala:

No que tange à pesquisa, é preciso assinalar que assim como os embriões são usados como objeto de estudos tendentes a aprimorar as condições do seu desenvolvimento, ou identificar anomalias cromossômicas ou genéticas, têm-se notícia de sua utilização como matéria-prima para a indústria cosmética e outros fins de caráter ético duvidoso.

Demais disso, vale lembrar que o uso indiscriminado das técnicas de engenharia genética associadas às de reprodução humana medicamente assistida assume contornos preocupantes, à medida que viabiliza alterações biológicas outrora inimagináveis, dentre as quais a hibridação, a clonagem, a escolha caprichosa de características genéticas dos seres humanos, a partenogênese.²⁰⁹

Além disso, Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. observam o seguinte:

De acordo com o exame das normas existentes é admissível a experimentação terapêutica, ou seja, quando o resultado da experiência puder concorrer para o bem do pré-embrião. Para tanto, é essencial observar os princípios da Bioética, especialmente os da autonomia (expressa manifestação de vontade do casal ou daquele que 'solicitou' o pré-embrião), da beneficência (para o benefício do pré-embrião ou da humanidade) e da não-maleficência e justiça[...]

No Brasil, para orientar as pesquisas científicas com pré-embriões pode ainda ser consultada a Resolução nº 1, de 13 de junho de 1988, do Conselho Nacional da Saúde, a qual estabelece com detalhes e de modo expresso as normas para pesquisa em Saúde, fundamentais para todo pesquisador.²¹⁰

Como já ficou assegurado que desde a concepção, o que se tem é vida, o ilustre doutrinador expõe com maestria sobre o assunto:

²⁰⁸ BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Resolução nº 1.358 de 1992.

²⁰⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 23-25.

²¹⁰ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000. p. 74.

Em razão desta realidade, não se pode utilizar os embriões para fins de investigação ou experimentação. Mesmo se defeituoso o embrião, ou se inviável por sua própria espontaneidade, é e continua um ser humano. Constitui vida humana *in fieri*, merecendo ser respeitado e não ser interrompida a vida que se iniciou com a fusão das células germinais.²¹¹

6.4 A Doação do Embrião

De acordo com o inciso IV, item 1, da Resolução do Conselho Federal de Medicina, a doação, solução mais aceitável eticamente, é permitida desde que não tenha caráter lucrativo ou comercial:

IV – Doação de Gametas ou Pré-Embriões

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.²¹²

Destarte, levando em consideração que o embrião congelado em nitrogênio é um ser humano em potencial, admite-se que possa ser ele doado.

Preceitua o artigo 199, § 4º da Constituição Federal:

Art. 199.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.²¹³

Segundo Sérgio Abdalla Semião, no mesmo sentido:

O artigo 199, § 4º, da Constituição Federal supra citado, deve ser interpretado, por analogia, não quanto à venda de embriões, pois nele está expressa a proibição, mas sim à doação de embriões.

O artigo colecionado permite a doação de sangue e substâncias humanas para fins moralmente aceitos pela consciência do homem médio.

Diante disso, não podemos admitir a doação de embriões para a

²¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro; Aide, 1994. v. 1, p. 256.

²¹² BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Resolução nº 1.358 de 1992.

²¹³ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil 1988**.

fabricação de cosméticos, por exemplo[...] Entretanto, admite-se a doação de embriões para o fim da procriação humana assistida.²¹⁴

Assim, permite-se a doação dos embriões desde que para fins de procriação.

De acordo com Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. “ a doação é ato bilateral em que há necessidade de consentimento expresso dos dois responsáveis pelo material genético e dos dois beneficiários do tratamento”.²¹⁵

6.5 A Comercialização do Embrião

No que diz respeito à comercialização dos embriões criopreservados, Sérgio Abdalla Semião volta a citar o artigo 199 da Constituição Federal, relatando o seguinte:

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas e, no artigo 200, confere ao Sistema Único de Saúde, o controle e a fiscalização[...]

Não há dúvidas de que o sêmen e o óvulo, assim como o sangue, constituem substâncias humanas. Muito mais deverá ser considerado o embrião que, na verdade, contém uma vida humana em formação, significando algo que vem maior do que mero tecido ou substância humana. Destarte, não há dúvidas de que, no Direito Brasileiro, nos termos do art. 199, § 4º, da Constituição Federal, está absolutamente proibida a venda de embriões.²¹⁶

Nota-se que a comercialização do embrião humano é proibida, bem como a comercialização de qualquer substância humana e essa proibição é expressa constitucionalmente.

²¹⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.183.

²¹⁵ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000. p. 70.

²¹⁶ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.180-181,183.

Vários países já legislaram sobre a procriação assistida, mas não definiram uma efetiva proteção ao embrião criopreservado fora do útero materno.

Infelizmente, a mera regulamentação de alguns direitos do embrião congelado não solucionará o problema, que é muito mais complexo.

A ausência de uma legislação a respeito, nos dizeres de Mônica Sartori Scarparo:

[...]poderá resultar na utilização de embriões para fins comerciais, seja na cosmetologia, seja na elaboração de armas biológicas, sendo ainda possível aventar-se a hipótese de clonagem, para a fabricação de robôs mais baratos que os realizados pela engenharia mecânica.

Em síntese, (continua a autora), o princípio a ser adotado para dirimir estas questões seria o da prioridade da pessoa humana, sobre os interesses da ciência, pelo simples fato de que esta, a ciência, só tem sentido na medida em que está a serviço da humanidade. Em conseqüência, deverá encontrar formas de desenvolver as atividades de pesquisa que preservem os valores inerentes ao embrião humano, porque é vida e merece ser respeitado.²¹⁷

Não restam dúvidas de que as técnicas de procriação humana assistida trazem grandes avanços e esperanças aos casais estéreis. Todavia, a ciência e a tecnologia estão muito avançadas, não devendo se sobrepor a vida humana, evitando-se assim a coisificação do ser humano.

Os progressos da ciência no campo da genética acontecem em ritmo assustador principalmente no campo da fecundação artificial. Assim, um novo Direito está por surgir e deve avançar no mesmo ritmo imposto pela ciência genética.

²¹⁷ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.44-45.

7 CONCLUSÃO

A título de conclusão, o presente trabalho procurou mais uma vez realçar a relevância do estudo da matéria, posto que a vida humana merece amparo, independentemente do estágio em que se encontre, apresentando algumas considerações a respeito da necessidade da aplicação de alguns princípios constitucionais, haja vista a ausência de legislação específica.

O estudo em questão apresentou as questões oriundas de uma nova realidade para a qual o mundo ainda precisa se preparar: o avanço da tecnologia no tocante ao processo de reprodução humana assistida.

Do desenvolvimento desses novos processos surgem inesgotáveis dúvidas impossíveis de serem reunidas em um mesmo trabalho. O escopo maior do estudo em tela, todavia, não é realizar a enumeração de todas as possibilidades de dúvidas decorrentes dessas práticas, mas, sim, chamar a atenção da sociedade para a necessidade urgente de repensar valores e discutir situações polêmicas, especialmente em relação à destinação dos embriões excedentes na Fertilização *in vitro*.

Com o surgimento das novas técnicas de reprodução humana assistida, vem merecendo destaque a técnica da Fertilização *in vitro*, objeto da presente pesquisa, já que o problema da FIV é que, há a retirada de um número maior do que o necessário de óvulos para serem fecundados sendo que, após a fecundação, nem todos serão utilizados e os excedentes ficam congelados para posterior implantação ou destruição.

Isso resultou num grande número de embriões estocados e congelados em clínicas à espera de um destino.

Como se viu anteriormente, essa questão envolve o momento inicial da

vida humana, havendo várias teorias a esse respeito.

A Embriologia afirma que a vida tem início com a fecundação do óvulo humano, a partir daí existe um indivíduo distinto dos que contribuíram biologicamente para sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento.

Tomando por base a informação de que o embrião é possuidor de autonomia genético-biológica, que não permite estabelecer mudança essencial em sua natureza até a idade adulta, a corrente concepcionista sustenta que o embrião humano caracteriza-se como pessoa desde a concepção.

Juntamente com as recentes técnicas de reprodução humana assistida, amplamente utilizadas em vários países, inclusive no Brasil, surgiu ma nova realidade a ser analisada pelos juristas, pois não há proteção legal para estes seres cuja vida inicia-se em laboratório, relativa ao momento que antecede sua implantação *in utero*. Em resposta às indagações da biotecnologia, vislumbra-se o Biodireito como o novo seguimento do conhecimento jurídico a atender estas questões.

Entretanto, o direito não vem acompanhando esse avanço da ciência, no sentido de regular as questões éticas e jurídicas que se propõe, como a da destinação desses embriões. Diante dessa lacuna legal, várias são as opiniões a respeito do presente tema, quais sejam, se os embriões excedentes devem ser criopreservados (congelados); doados a outros casais estéreis; objeto de pesquisa científica; ou descartados como lixo hospitalar.

Cientes de que estas inovações não foram previstas pelos antigos legisladores, e, atentos ao princípio básico *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, devem os juristas corrigir esta lacuna e proceder a tutela civil e penal do embrião pré-implantatório, largamente utilizado nas práticas científicas, pois a chamada “revolução biotecnológica” pode provocar danos irreversíveis à humanidade e ao ser humano, individualmente considerado.

Nesse sentido é a busca daqueles que consideram que o direito à vida e a dignidade humana alicerçam nosso ordenamento jurídico. Desta forma, entende-se que ante a ordem jurídica vigente, são inadmissíveis, a manipulação de embriões humanos como material genético disponível, bem como sua

produção e armazenamento. Isto porque atividades deste tipo remetem a uma certa instrumentalização do ser humano.

Contrariamente à esta instrumentalização, deve-se amparar de todas as formas a vida, incluídos aí, por óbvio, os embriões excedentes mantidos em laboratório, em razão da similitude que guardam em relação aos seres humanos já nascidos.

Assim, necessário se faz evitar qualquer forma de abuso, experimento não terapêutico, descarte, ou exploração comercial dos embriões excedentes.

Sendo assim, não se pode esquecer que o que está em jogo ao longo de todo o processo da FIV é uma ou mais vidas humanas – a do embrião ou embriões - , não sendo lícito manipulá-las como se fossem coisas, ou destruí-los como se não representassem nada.

Por conseguinte, embora não acampemos do entendimento de que se deve intervir nos processos naturais que regem a vida em todo seu equilíbrio, considera-se ser o melhor desfecho, a limitação do uso dos embriões para o fim específico de sanar os problemas relativos à infertilidade dos doadores. Ressaltando a imprescindibilidade da redução do número de óvulos destinados à fecundação, evitando-se desta forma a produção de embriões excedentes.

Contudo, é inadmissível a produção deliberada de embriões, posto que se trata de vida humana em formação, sabendo-se que nem todos terão a chance de se desenvolver. É moralmente inaceitável que um número superior de embriões a serem transplantados possam ser destruídos.

Necessita existir uma legislação específica para se evitar abusos e desrespeitos aos direitos fundamentais da vida, integridade física, etc., embasada na ética e na moral.

O ser humano, quem quer que seja, não pode ser instrumentalizado para fins imorais, em desrespeito para com a dignidade humana. Só seria moralmente lícito atuar sobre um embrião, se se esperassem resultados favoráveis “para ele mesmo”.

Por derradeiro, no caso em tela, o ideal seria que somente fosse fecundado e implantado um embrião por vez, ou um número suficiente de

embriões para que se evitassem os mencionados embriões excedentes, posto que estes são seres humanos em formação, são vidas que devem ser preservadas. Todo atentado contra o concebido mesmo que *in vitro*, resulta em atentado contra a humanidade.

Em suma, o presente tema é atual e exige, por si só, uma grande reflexão do jurista para alcançar soluções harmônicas, porém não pode ser esquecido que os embriões excedentes são igualmente portadores de vida humana.

Que a vida inicia-se da concepção é fato comprovado pela Medicina. A função do direito neste caso é simplesmente reconhecê-la e tutelá-la em todos os seus aspectos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDELMASSIH, Roger. **Tudo por um bebê**. São Paulo: Editora Globo, 1999.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Luiz Victor Monteiro. **Os novos direitos e os conflitos jurídicos**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3053>>. Acesso em: 19 de Jun de 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

A BÍBLIA Sagrada: antigo e novo testamento. Tradução de João Fenura de Almeida. Ed. Ver. e atual. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. Leal de, BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). **Novos teorias de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Código Civil confrontando. São Paulo: Método, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 2001.

CALLIOLI, Eugenio Carlos. "Aspectos da fecundação artificial *in vitro*". **Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, ano 12, n. 44, p. 71-95, abr./jun. 1998.

CARTA Médica do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.geocities.com/Hertland/Forest/5876/vozdamedicina.htm>. Acesso em: 19 jun 2003.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CONVENÇÃO Americana sobre os Direitos Humanos. Disponível em http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm. Acesso em: 19 jun de 2003.

COSTA, Sérgio Ibiapiva F; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Org) **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAIRO, Veruska Sanches. **Nascituro, diretor ou expectativos de direitos?** 2001. Monografia – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” Presidente Prudente – SP, 2001.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

FRANÇA, Genivaldo Veloso de. **O direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial BYK – Prociensa, 1976.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. **A bioética no século XXI**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 12 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano**: mito ou realidade. Revista de direito comparado. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 261-280, jul: 1997.

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

MEIRELLES, Jussara Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade “mãe de aluguel”**. Curitiba: Gênese, 1998.

MESTIERI, João. Embriões. **Revista Consulex**. Brasília, ano 3, n. 32, p. 41-44, ago. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1990-1994. 2 v.

_____. **Código penal interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. 2 v.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; Borges JR., Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

O Embrião é um de nós. Disponível em:

<http://www.cleolfas.com.br/html/moralcatolica/1550/bioética/embriaohumano.html>>

Acesso em: 19 jun 2003.

PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Loyola, 1991.

Quando começa um ser humano? Disponível em:

<<http://www.geocities.com/Heartland/Forest/5876/qdocomeçahumano.htm>>

Acesso em: 19 de jun 2003.

RAMOS, Janaina de Almeida. **A fecundação como fator gerador de direitos**. 2001. Monografia – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” Presidente Prudente-SP, 2001. RESOLUÇÃO, Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358-1992.htm>>

RIBEIRO, Juliana Belém. **Personalidade Jurídica: direito do nascituro pré-implantado**. Faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente-SP, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994.

SÁ, Maria de Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da lei nº 9434/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei**, São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Meirinice Nunes dos. **Fertilização *in vitro* e eliminação dos embriões excedentes**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente-SP, 2002.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito *in vitro*: bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SILVA, Paula Martinho da. **A procriação artificial**: aspectos jurídicos. Livros de Direito Moraes Editores, 1986.

ANEXO

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica; CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

Resolve:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ, Presidente.

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL, Secretário-Geral.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE R.A.

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá carácter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de carácter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de R.A.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão

transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.